

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**ASPECTOS DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE
ASSISTIDA, O ANONIMATO DO DOADOR E
QUESTÕES CONEXAS**

Sob orientação da Professora Doutora Maria Margarida Costa Silva Pereira
Taveira Sousa

Ana Margarida Godinho Barradas Ramos Mata

2019

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



**ASPECTOS DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE
ASSISTIDA, O ANONIMATO DO DOADOR E
QUESTÕES CONEXAS**

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito e Prática
Jurídica, na especialidade em Direito Penal, sob orientação da
Exma. Professora Doutora Maria Margarida Costa Silva Pereira
Taveira Costa

Ana Margarida Godinho Barradas Ramos Mata

2019

*Dedico esta Dissertação aos meus Pais, Maria do Céu e Manuel Alberto,
Por me ensinarem o Significado de Família e por toda a sua dedicação.*

“É que "quem sou eu?" provoca necessidade. É como satisfazer a necessidade? Quem se indaga é incompleto.”

Clarice Lispector

AGRADECIMENTOS

Os meus agradecimentos, à minha orientadora, a Prof.^a Doutora Maria Margarida Silva Pereira, pela sua ajuda e disponibilidade que sempre demonstrou ao longo da elaboração desta dissertação.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pela escola notável que é, e pela formação, tanto académica como pessoal, que me proporcionou.

Uma palavra especial ao meu pai e a minha mãe, que me deram força e motivação para concluir esta etapa. O meu agradecimento pelo exemplo que representam para mim e pela garra, determinação e perseverança com que sempre agarraram a vida, e por nunca terem deixado de acreditar em mim.

O meu agradecimento ao Doutor. Eduardo Fernandes, por me ter incutido o gosto pelo Direito desde Licenciatura, me ter apoiado ao longo do trajecto académico, sempre acreditando em mim e nas minhas capacidades, e tendo sido um apoio essencial nesta trajectória académica.

Aos meus amigos mais próximos, Paula Joaquim, Patrícia Costa, José Aleixo, Miguel Nunes, agradeço o facto de estarem sempre presentes na minha vida e, pelos seus conselhos e pela força que me deram ao longo da concretização desta etapa.

RESUMO

A presente dissertação, realizada no âmbito do Mestrado em Direito e Prática Jurídica, na especialidade em Direito Penal, destina-se à obtenção do grau de Mestre, tendo como objectivo a sua apresentação na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Com os progressos científicos foi possível superar o problema da esterilidade, através da criação e aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida, tendo como primordial objectivo satisfazer o desejo de ter o tão almejado filho, o qual era frustrado com a concepção natural dada a sua situação de esterilidade.

O presente trabalho teve por objectivo fulcral analisar qual direito fundamental de personalidade deve preponderar na procriação medicamente assistida heteróloga: o direito à identidade pessoal e genética da criança que nascerá ou o direito ao anonimato do dador do material genético.

Com o avanço da biomedicina permitiu-se ao indivíduo e ao casal infértil, ou detentor de alguma dificuldade em procriar de forma natural, seja porque não possuía material genético ou possuía em pouca quantidade ou em pouca qualidade, sonhar e conseguir procriar através de um processo reprodutivo artificial, utilizando-se de alguma(s) técnica(s) de procriação medicamente assistida, em especial, com o fornecimento de espermatozoide e/ou ovócitos por terceiros, trazendo para o direito uma problemática relacionada a revelação da identidade do(s) dador(es) do(s) gameta(s), na medida em que a princípio, os beneficiários e o próprio dador não têm interesse na revelação da sua identidade, pois apenas pretendem colaborar para o projeto parental de um indivíduo/casal.

Por outro lado, a criança nascida a partir da procriação artificial, terá, em tese, interesse em saber como se deu sua concepção e quem originou o material genético que compõe a estrutura do seu DNA.

Assim sendo coloca-se a problemática da possibilidade da quebra ou não do anonimato do doador de material genético frente ao direito da criança concebida por meio dessa técnica que permitiu a sua origem de saber quem foi biologicamente que lhe deu a possibilidade de existir enquanto ser humano.

PALAVRAS – CHAVES : Procriação Medicamente Assistida; Procriação Heteróloga; Anonimato do Doador, Origem Genética; Colisão de Direitos;

ABSTRACT

The present dissertation carried out within the scope of the Master's Degree in Law and Legal Practice, specializing in Criminal Law, is aimed at obtaining a Master's degree, with the purpose of presenting it to the Faculty of Law of the University of Lisbon.

With scientific advances it is possible to overcome the problem of sterility through the creation and application of medically assisted procreation techniques, with the primary purpose of satisfying the desire to have the longed-for child.

The main objective of this study is to analyze which fundamental right of personality should prevail in heterologous medically assisted procreation: the right to the personal and genetic identity of the child to be born or the donor's right to anonymity.

With the advance of biomedicine individuals / couples considered to be infertile or with difficulty in natural procreation, either due to not having or having little or no quality generic material, are able to procreate through medically assisted reproductive techniques, in particular, the provision of sperm and/ or oocytes by third parties, brining to the practice of law a problem concerning the individual and the right to disclosure of the identity of the spermatozoon / dornor (s), since beneficiares and the donor have no interest in revealing the dornor's identity because they only wish to collaborate in the parental project of an individual / couple.

On the other hand, the children born from artificial reproduction will or might, in theory, be interest in knowing how conception occurred and who originated the genetic material that makes up the structure of their DNA.

Thus, the issue of the possibility of breaking the anonymity of the donor of genetic material towards the right of the child conceived by means of this technique, in knowing the biological parent/parents are.

KEYWORDS: *Medically Assisted Procreation; Heterologous Procreation; Donor Anonymity, Genetic Origin; Collision of rights;*

NOTAS SOBRE CITAÇÃO

No presente trabalho será adoptado o seguinte modo de citação: na primeira citação de monografias, as mesmas serão citadas pela ordem de autor, título, volume (quando exista), número de edição, local de edição, editora, data e página(s); caso se trate de um analítico, seguir-se-á a ordem de autor, título, título da obra coletiva ou publicação periódica, local de publicação, volume, número, data de publicação e página(s).

O texto foi redigido tendo por base o Acordo Ortográfico de 1990. Contudo, nas transcrições de outras obras, ou referências a outros documentos, manteve-se o texto original.

LISTA DE SIGLAS e ABREVIATURAS

As abreviaturas e siglas utilizadas serão as presentes na seguinte listagem:

Ac. - Acórdão

Al. - Alínea

Art. – Artigo

AA. VV. - Autores vários

CC – Código Civil

CE - Comissão Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGSI – Diagnóstico Genético Pré – Implantação

DL – Decreto -Lei

DNA - Deoxyribonucleicacid

Ed. – Edição

FIV - Fertilização In Vitro

GIFT - Transferência Intrafalopiana de Gâmeta

HLA - Human leukocyte antigen

IA - Inseminação Artificial

Ibidem. - Mesmo autor, mesma obra, mesma página

Idem. - Mesmo autor, mesma obra

ICSI – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides

L.P.M.A – Lei da Procriação Medicamente Assistida

Nº - Número

OMS – Organização Mundial de Saúde

P. – Página

P.M.A – Procriação Medicamente Assistida

PP. – Páginas

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

Ss. - Seguintes

Vol. – Volume

ZIFT -Transferência Intrafalopiana de Zigotos

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	5
RESUMO	6
ABSTRACT.....	7
NOTAS SOBRE CITAÇÃO.....	8
LISTA DE SIGLAS e ABREVIATURAS.....	9
NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	13
CAPÍTULO 1 – BREVE RESUMO DA EVOLUÇÃO DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	17
CAPÍTULO 2 - PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA.....	23
2.1 – Noção de Procriação Medicamente Assistida	23
2.2 – Procriação Homóloga e Heteróloga	25
2.3 – Esterilidade e Infertilidade e respectivas causas	27
2.4 – Principais Técnicas da Procriação Medicamente Assistida.....	31
2.4.1 - Inseminação Artificial (IA).....	32
2.4.2 - Fertilização In Vitro (FIV).....	34
2.4.3 – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides (ICSI)	35
2.4.4 - Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI).....	36
2.4.5 - Transferência Intrafalopiana de Gâmeta (GIFT).....	38
2.4.6 - Transferência Intrafalopiana de Zigotos (ZIFT)	38
2.5 - Condições de Admissibilidade à Procriação Medicamente Assistida.....	38
2. 6 – Beneficiários da Procriação Medicamente Assistida	40
CAPÍTULO 3 - A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO Á PROCRIAÇÃO – O DIREITO CONSTITUCIONAL A " CONSTITUIR FAMÍLIA EM CONDIÇÕES DE PLENA IGUALDADE " DO ART. 36º, N.º 1 DA CRP	44
CAPÍTULO 4 – O ESTABELECIMENTO DE FILIAÇÃO E A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	52
4.1 – A Filiação no Direito Português.....	52

4.2- A Filiação na Procriação Medicamente Assistida.....	60
4.3 – O Regime da Filiação na Procriação Heteróloga	63
CAPÍTULO 5 – O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS	68
5. - Princípios inerentes ao Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas	68
5.1 - O Direito a identidade pessoal e identidade genética.....	68
5.2 – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	73
5.3 - Direito ao livre desenvolvimento da personalidade	77
CAPÍTULO 6 – O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR.....	79
6.1 – Contextualização do Direito ao Anonimato do Doador	79
6.2 - Direito à Intimidade	82
6.3 - O Anonimato do Doador no Direito Comparado.....	85
6.4 – Análise do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018.....	87
6.5 – Argumentos doutrinários a favor do anonimato do doador.....	94
6.6 - Argumentos doutrinários contra o anonimato do doador.....	96
6.7 – Posição Intermédia Doutrinária.....	100
6.8 – Harmonização entre o Direito ao Anonimato do Doador e o Direito ao conhecimento das Origens Genéticas	101
NOTAS CONCLUSIVAS.....	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	120

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A presente dissertação surge no âmbito do interesse despertado pela matéria leccionada na cadeira de Direito dos Menores do Mestrado e Prática Jurídica em Especialidade em Direito Penal, sob regência da Professora Doutora Maria Margarida Silva Pereira, uma vez que se trata de um tema de investigação bastante actual, polémico e provocando discordâncias por parte da doutrina e jurisprudência portuguesa.

A evolução do Direito tem sido uma constante no decorrer dos tempos, verificou-se mais acentuadamente no ramo do Direito da Família, a partir dos finais do Século XX, assistindo-se a uma transformação da própria configuração da família inicialmente vista numa estrutura bipartida composta por um casal heterossexual e filhos, ligados entre si pela biologia e genética.

Com as transformações sociais acontecidas nos últimos cinquenta anos o conceito de família é hoje entendido de forma mais ampla, de forma a englobar também as relações parafamiliares, como é o caso da união de facto, das relações entre esposados, das relações entre ex-cônjuges e da relação entre tutor e tutelado.

Com estas transformações o Direito da Família, teve a necessidade de evoluir de forma a dar respostas aos desafios que iam surgindo na sociedade.

O desejo de um casal de ter filhos, já esta patente na génese humana, em que pressupõe a existência de uma relação sexual entre o homem e a mulher, estando subjacente o problema da infertilidade e esterilidade do casal, sendo motivo de preocupação das diferentes gerações e da própria medicina reprodutiva.

Com os avanços científicos e tecnológicos, o problema da infertilidade e esterilidade foi ultrapassado, com o surgimento da Procriação Medicamente Assistida regulada pela Lei nº 32/2006 de 26 de Julho, com aplicação das técnicas permitiu aos casais obter o filho tão desejado.

O presente estudo tentará abordar algumas das questões a respeito das técnicas de reprodução assistida heteróloga, e os dilemas que surgem em torno desse procedimento, já que este tipo de reprodução faz surgir diversas hesitações éticas, filosóficas, jurídicas, religiosas e morais, além do que é através desses métodos que utilizam gâmetas de doadores, nasce o grande debate, sendo cerne da nossa problemática, o direito ao conhecimento da origem genética dos filhos concebidos com o material doado por um terceiro.

O objeto primordial desenvolvido ao longo do nosso trabalho será a defesa do direito ao conhecimento da ascendência biológica, isto é, a identidade genética, como um direito que merece ser garantido para proporcionar aqueles concebidos através de métodos de procriação heteróloga, e consequente desenvolvimento da sua própria personalidade.

Trata-se de uma questão extremamente actual, e que tem gerado, principalmente nas últimas décadas, controvérsia a diferentes níveis. Por um lado, provoca acesas discussões doutrinárias. Por outro, uma multiplicidade de soluções legislativas. O foco desta polémica encontra-se no confronto entre dois direitos fundamentais: direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, isto é, o Direito ao Anonimato do Doador.

Desta forma, a presente pesquisa está estruturada em seis capítulos, sendo que cada qual desempenha um papel importante na construção de um raciocínio lógico que nos permite chegar ao fim dos estudos com uma resposta precisa, baseada em consultas realizadas em artigos científicos atualizados que já trataram acerca da problemática que as novas tecnologias da engenharia genética enfrentam, bem como legislação e bibliografias renomadas no mundo jurídico.

No primeiro capítulo da presente dissertação faremos uma breve abordagem da evolução história e legislativa da procriação medicamente assistida.

No segundo capítulo, por sua vez, ser a caracterização do instituto da Procriação Medicamente Assistida, nomeadamente a sua conceituação procriação medicamente assistida, a distinção entre procriação homóloga e procriação heteróloga, a distinção entre esterilidade e infertilidade e respectivas causas, abordagem das técnicas de procriação medicamente assistida e na breve análise das condições e respectivos beneficiários as técnicas de procriação medicamente assistida.

No terceiro capítulo iremos debruçar - nos sobre o direito à constituição de família , fazendo o paralelismo entre o direito de procriação e o direito de constituir família e ainda procurando saber se a recente alteração a lei da procriação medicamente assistida poderá violar o direito de constituir família, questionando – se, se existe a colisão com o princípio da igualdade.

No quarto capítulo centramo – nos no estudo do direito da filiação, onde inicialmente iremos retratar com uma breve contextualização da evolução do direito da família em Portugal, posteriormente iremos contextualizar o direito da filiação e a sua respectiva natureza jurídica e classificação e os seus princípios inerentes e ainda debruçar nos sobre Código Civil focando as regras de fixação da maternidade e paternidade. Posteriormente iremos analisar o direito da filiação na Lei da Procriação Medicamente Assistida, dando principal relevo na Procriação Heteróloga.

No quinto capítulo por sua vez, iremos proceder à análise dos fundamentos éticos e jurídicos que sustentam a busca pelo conhecimento da sua origem genética, sendo este direito muito importante para a compreensão e análise do direito do desenvolvimento da personalidade do indivíduo, sob a análise dos princípios, o Direito à Identidade Pessoal e Genética, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade.

No último capítulo, será analisado o estudo da problemática da presente dissertação, no que concerne ao Direito ao Anonimato do Doador estabelecido nos termos do artigo 15º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/ 2006 de 26 de Julho), onde faremos uma abordagem conceitual do Direito a intimidade ou Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar.

Posteriormente analisaremos o direito ao Anonimato do Doador à luz do Direito Internacional, pontuando com a análise das várias correntes doutrinárias existentes no ordenamento jurídico português e analisando o contributo do recente acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225 / 2018.

Na parte final deste capítulo, partindo inicialmente de uma breve distinção entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, adoptando o juízo de ponderação através do princípio da proporcionalidade de Robert Alexy para a resolução de conflitos existentes entre os direitos fundamentais de personalidade em detrimento do caso em concreto, o Direito ao anonimato do doador e o direito ao conhecimento das origens genéticas.

CAPÍTULO 1 – BREVE RESUMO DA EVOLUÇÃO DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Na evolução da sociedade, sobretudo nas sociedades ocidentais, o desejo de um casal de ter filhos, com o objectivo de preservar a sua descendência, faz parte da condição humana, que pressupõe a existência da ocorrência da relação sexual entre o casal. Porventura, nem todos os casais conseguem alcançar o tão almejado filho, uma vez que, alguns deles sofrem de problemas de infertilidade ou esterilidade.

A infertilidade ou esterilidade sempre foram uma preocupação constante ao longo da existência da humanidade, inicialmente a ideia de uma mulher impossibilitada de ter filhos, causaria emoções de frustração, mágoa, mas com a evolução da sociedade e consequentemente da tecnologia, proporcionou a criação da Procriação Medicamente Assistida, suprimindo este problema, sobretudo nas sociedades mais desenvolvidas do mundo ocidental.

Em períodos remotos, nomeadamente no Século III, antes de Cristo, o filósofo Aristóteles já reflectia sobre a origem da vida, como refere AGOSTINHO ALMEIDA SANTOS¹, afirma que o esperma provinha do sangue e possuía a faculdade de dar ao embrião, o qual se formava no útero, por coagulação do sangue menstrual.

Fruto da evolução da medicina no século XV, foi utilizada a primeira técnica de inseminação² com a Rainha Joana de Portugal com o esperma do seu marido o Rei Henrique IV o “*Impotente*”, embora tenha sido fracassada.

Verdadeiramente, o primeiro relato de uma tentativa científica de inseminação artificial humana, aconteceu em 1785³.

Em Paris, na Faculdade de Medicina presenciou-se ao primeiro relato científico da utilização da inseminação artificial homóloga com a autoria de Thouret, em que este terá conseguido fecundar a sua esposa estéril.

A primeira inseminação artificial heteróloga⁴, ocorreu em 1884 nos Estados Unidos da América, concretizada pelo médico Pancoast.

¹ SANTOS, Agostinho de Almeida - *Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores, Genética e Pessoa Humana*, Coleção “Temas de Bio-Ética”, 1991, p. 31;

² DUARTE, Tiago – *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, 2003, p. 18

³ Idem p. 20

No mesmo ano, na Faculdade de Medicina de Paris por Gérard, surgiu a primeira obra referente a fecundação artificial “*Contribution à l’histoire de la fécondation artificielle*”, que suscitou uma enorme polémica na comunidade científica, sendo posteriormente recusada e destruída, tendo sido motivada por ser considerada demasiado avançada para a época, já que estamos em plena época da Revolução Francesa, que obviamente limitou o avanço científico.

Apesar de se terem verificado com êxito as primeiras técnicas de inseminação artificial no séc. XIX, só se verificou verdadeiros desenvolvimentos no séc. XX .

Nos Estados Unidos da América em 1953, ocorreu a Criação do Banco de Esperma potenciado através da ocorrência da primeira congelação de esperma humano, tendo como objectivo primordial para utilização inserminação humana.

Em 25 de Julho de 1978, na Inglaterra nasce Louise Brown a primeira “*bebé – proveta*” fruto da utilização da fertilização *in vitro*, sob a orientação do Doutor Robert Edwards, tendo sido reconhecido com um ícone na história nesta matéria.

Em 1983, nasce a primeira criança com recurso à doação de ovócitos⁵ e em 1984, nasce na Austrália a bebé Zoe Leyland, a partir de um embrião criopreservado.

Em Portugal, nasceu o primeiro “*bebé - proveta*” Carlos Miguel Saleiro em 25 de Fevereiro de 1986, sob orientação do médico António Pereira Coelho, responsável pela realização da FIV⁶.

Em Portugal, com o desenvolvimento e crescimento da Procriação Medicamente Assistida, o ordenamento jurídico começou a manifestar preocupação, uma vez que, a aplicação das técnicas de P.M.A⁷ apresentavam várias divergências às quais, o sistema não dava uma resposta adequada e verificando –se ainda durante vários anos a inexistência de legislação especializada no domínio da matéria.

Na doutrina, vários autores são da opinião da necessidade de intervenção legislativa , que deveriam aprofundar estudos científicos debruçando –se sobre esta

⁴ Na Inseminação Artificial Heteróloga, verifica –se a existência de contribuição genética de dador ou dadores de material genético de estranhos em relação ao casal.

⁵ MELO, Helena Pereira de , “ *A selecção de dadores de Gâmetas e o Eugenismo*”, Revista Nascer e Crescer – Revista do Hospital da criança maria pia, nº2 Vol.XVIII, ano 2009, p.98

⁶ Fertilização In Vitro.

⁷ Procriação Medicamente Assistida

matéria definindo e regulamentando os limites éticos, conforme dispõe MARTA COSTA⁸.

Na mesma linha de pensamento LUÍS ARCHER⁹, partilha da ideia da necessidade da intervenção legislativa,: *“No passado, a medicina era fundamentalmente uma arte e a ética médica preocupava-se sobretudo com a relação médico/doente e com as relações profissionais dos médicos. As respectivas normas de conduta podiam ser estabelecidas exclusivamente pela classe médica” e, que: “(...) a partir da segunda metade do séc. XX, tornou-se uma tecnociência complexamente equipada e associada a outras tecnologias, nomeadamente biológicas e cibernéticas” concluindo, entre o mais, que: “(...) é certo que se deve defender o direito à liberdade de investigação, não é menos certo que esse direito não é absoluto e tem de ser considerado em articulação com o bem público e a vontade de uma sociedade livre, sobretudo quando essa investigação se realiza nos próprios seres humanos”*.

O Código Civil originário de 1967 mais conhecido pelo Código de Seabra, estabelecia no seu art. 1799º que a inseminação artificial não podia ser utilizada, nos casos de estabelecimento de parternidade e na impugnação de paternidade.

Com a reforma do Código Civil de 1977, foi introduzido o art. 1801º que veio estabelecer que nas acções de filiação, seriam admitidos como meio de prova, exames de sangue e todos os métodos cientificamente comprovados e por outro lado o nº 3 do art. 1839º veio clarificar que, não seria permitida a impugnação da paternidade com fundamento na inseminação artificial do cônjuge que nela consentiu.

A nível legislativo temos uma data marcante , que ocorreu no ano de 1986, quando a Assembleia Palarmentar do Conselho da Europa, através da Recomendação nº 1046, relativa à utilização de embriões e fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêutico, científicos, industriais e comerciais, aconselhando os diferentes Estados Membros a regular esta matéria.¹⁰

⁸ COSTA, Marta - anotação ao art. 1.º In: Paula Martinho da Silva, Marta Costa - *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora 2011, pp. 9-10.

⁹ ARCHER, Luís – *A dimensão social*. In: Luís Archer; Jorge Bisciais; Walter Osswald, coord. Bioética. Lisboa: Verbo, 1996, pp. 24-25

¹⁰ Agostinho de Almeida SANTOS/ Michel RENAUD/ Rita Amaral CABRAL, *Relatório: Procriação Medicamente Assistida*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Julho de 2004.

Na Europa foram criados também vários diplomas reguladores da Procriação Medicamente Assistida, tais como a Lei Sueca Act on Insemination de 1985, a Ley sobre Técnicas de Reproducción Assistida Espanhola e as Leis Bioéticas Francesas de 1994.¹¹

Em Portugal, foi criada uma comissão, presidida pelo Dr. Francisco Pereira Coelho¹², tendo como função proceder à elaboração de um parecer relativo à aplicação das Técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

O Decreto – Lei nº 319/86 de 25 de Setembro, foi o primeiro diploma a regulamentar a Procriação Medicamente Assistida em Portugal, contendo apenas três artigos, e estabelecendo apenas a inseminação heteróloga.

Em 1997 foi o ano que marcou a evolução progressiva legislativa da P.M.A., onde o governo aprovou, a proposta de Lei nº 135/VII, sendo convertida em Decreto Parlamentar referente à utilização das técnicas de P.M.A, cujo objectivo era actualizar a lei face à realidade portuguesa daquela época, mas este diploma foi vetado pelo Presidente da República, alegou que não existia conhecimento do País suficiente acerca da matéria, para uma norma desta natureza.

No mesmo ano, a CRP¹³ é alterada pela Lei nº 1/97 de 20 de Setembro sendo aditada a alínea e) ao nº2 artigo 67º “*Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana*”, passando assim a atribuir ao Estado, a regulamentação da Procriação Medicamente Assistida respeitando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecido no art. 1º da CRP.

Em 1999 foi elaborado um novo Decreto – Lei nº 415/VII de 16 de Julho, com base na proposta de Lei nº 135/ VII, sendo aprovado pela Assembleia da República, com o fundamento de regular de forma mais ampliada a Procriação Medicamente Assistida, sendo novamente vetado pelo Presidente da República, mais uma vez, já que admite ser necessário legislar sobre a matéria em Portugal, alegando a inexistência de qualquer enquadramento jurídico específico. Entendendo que “*não existia amadurecimento suficiente nessa matéria, nem um consenso no domínio da fecundação*

¹¹ DUARTE, Tiago – *In Vitro Veritas?* A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei, Almedina, 2003, pp. 10 – 11;

¹² Responsável pela elaboração do Anteprojecto da Lei relativo as matérias de Procriação Medicamente Assistida.

¹³ Constituição da República Portuguesa

*in vitro, da técnica de diagnóstico genético pré-implantatório, da utilização para fins de investigação científica de embriões não deliberadamente criados para esse fim e não estava assegurada a proteção do direito à privacidade”.*¹⁴

Em 2005, voltão a ser elaborados quatro Projectos de Lei, pelo partidos políticos BE¹⁵, do PS¹⁶, do PCP¹⁷ e do PSD¹⁸, sendo que nenhum deles, foi aprovado, por falta de consenso por parte dos envolvidos, no decorrer da questão relativa aos Beneficiários da Procriação Medicamente Assistida e das consequentes sanções aplicadas.

Em 2006, foi aprovada a Lei nº 32/ 2006 de 26 de Julho regulamentando a Procriação Medicamente Assistida numa versão actualizada e ampliada na regulamentação das respectivas técnicas, composta por quarenta e oito artigos e obedecendo ao preceituado art. 67º nº2 alínea e) da CRP.

Importa salientar que o CNPMA¹⁹ foi criado por esta mesma Lei, como sendo a entidade reguladora nesta matéria.

Foi a Lei nº 32/ 2006 de 26 de Julho, alvo de três alterações, a primeira juntamente com a Lei nº 59/2007 de 4 de Setembro²⁰, em que é aditado o art. 43º - A à Lei nº 32/ 2006, que veio regular a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, às quais, que pratiquem actos médicos envolvendo esta matéria.

A segunda alteração à Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, que ocorreu com aprovação da Lei nº 17/2016, de 20 de Junho²¹, veio introduzir o alargamento do regime dos Beneficiários da Procriação Medicamente Assistida, sendo estas técnicas extensíveis a casais heterossexuais, casais homossexuais, sejam ou não casados, ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respectiva orientação sexual.

¹⁴ Diário da República, II Série A, n.º 82

¹⁵ Apresentação pelo BE do Projeto de Lei n.º 141/X, de 20 de julho de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 34.

¹⁶ Apresentação pelo PS do Projeto de Lei n.º 151/X, de 7 de setembro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 47.

¹⁷ Apresentação pelo PCP do Projeto de Lei n.º 172/X, de 13 de outubro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 55.

¹⁸ Apresentação pelo PSD do Projeto de Lei n.º 176/X, de 22 outubro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 59.

¹⁹ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

²⁰ Diário da República, Série I, n.º 170, 4 de setembro de 2007

²¹ Diário da República, Série I, n.º 116, 20 de junho de 2016

A terceira alteração, ocorreu com a aprovação da Lei nº 25/2016 de 22 de Agosto²², que vem regulamentar o Acesso à Gestação de Substituição.

²² Diário da República, I Série, n.é 160, 22 de agosto de 2016

CAPÍTULO 2 - PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

2.1 – Noção de Procriação Medicamente Assistida

A reprodução natural de um ser humano, pressupõe a existência de uma relação sexual entre um homem e uma mulher, conjugando –se assim as células reprodutoras de ambos, ocasionando a formação de um embrião.

LUÍS ARCHER define reprodução como sendo “ *regida por impulsos e instintos, conduz à transmissão da vida e à perpetuidade de cada espécie*”²³.

VARELA ANTUNES considera que a reprodução humana, abrange três momentos “*o da relação carnal entre duas pessoas de sexo diferente, chamada de relação de cópula; o da concepção, que é a formação do embrião humano, graças à fecundação natural do óvulo da mulher pelo esperma do homem, um e outro proveniente da excitação do ato sexual; e o da gestação, que é o desenvolvimento do óvulo fecundado no seio do útero materno, até ao acto do nascimento*”²⁴.

Apesar de sabermos que a reprodução natural faz parte do instinto de sobrevivência e da continuidade da espécie humana, ao longo dos anos, deparamo - nos com dois entraves que dificultam ou impossibilitam a reprodução natural, a infertilidade e a esterilidade.

Com o decorrer dos anos, e a consequentemente progressiva evolução da ciência reprodutiva, o problema da infertilidade e esterilidade foram suprimidos com a criação e evolução da Procriação Medicamente Assistida.

A Procriação Medicamente Assistida é inversa a reprodução natural, uma vez que como o próprio nome nos indica “*Medicamente Assistida*”, pressupõe o auxílio médico e/ou laboratorial para que se possa ocorrer a fecundação , isto é, a fusão do espermatozóide do homem com o ovócito da mulher, originando o embrião.

²³ ARCHER, Luís, “ *Para uma ética da reprodução humana*”, Revista Brotéria, nº 145, Agosto/ Setembro de 1997, p. 219

²⁴ VARELA, Antunes “*A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Revista de Legislação Brasileiro*”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 127, n.º 3843, outubro de 1994, p. 194

A P.M.A vem estipulada no nosso ordenamento jurídico, na Lei nº 32/ 2006 de 26 de Julho, em que são enumeradas as técnicas permitidas assim como as regras e os princípios que regem a sua aplicação. Verificamos no entanto que ao analisar o diploma, não existe nenhum artigo que nos forneça uma definição legal.

O CNPMA, dá - nos uma definição de P.M.A como “ *conjunto de todos os tratamentos ou procedimentos que incluem a manipulação in vitro de gâmetas (espermatozoides ou ovócitos) humanos ou embriões com a finalidade de conseguir uma gravidez*”²⁵.

Na doutrina, alguns autores têm-se debruçado sobre a definição de P.M.A, como PAULO GUERRA, que considera “ *um conjunto de técnicas destinadas à formação do embrião, sem a existência de um ato sexual*”²⁶.

Por outro lado ANA PAULA GUIMARÃES, entende de forma mais extensiva, “*o encontro dos gâmetas masculinos e femininos no processo de transmissão da vida, através do qual se renova a espécie humana, que pode ocorrer em circunstâncias diferentes das «normais», ou seja, fora da relação sexual física entre o homem e mulher, no período fértil desta*”²⁷.

Ao contrário de Portugal , nos Estados Unidos da América, podemos encontrar a definição legal deste conceito, no Acto Uniforme de Filiação Norte-americano, em que segundo este a reprodução assistida deve ser entendida como “*um método de causar gravidez, sem ser através do coito*”²⁸.

²⁵ JORGE, Carlos Callaz, “*Procriação medicamente assistida – evolução histórica e implicações clínicas*”, Colóquio organizado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida subordinado ao tema: PMA: Presente e Futuro – Questões emergentes nos contextos Científico, Ético, Social e Legal, Fundação Calouste Gulbenkian, janeiro de 2012 cit. p. 2

²⁶ GUERRA Paulo, «*Os Novos Rumos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*», Família com Direitos – consultado online

²⁷ GUIMARÃES, Ana Paula , *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 19.

²⁸ De acordo com o art. ° 1. °, Secção 102, n. ° 4, do Uniform Parentage Act, “ (*“Assisted reproduction” means a method of causing pregnancy other than sexual intercourse*)”. A título meramente informativo, o presente artigo indica ainda que a reprodução assistida inclui: “ (A) *intrauterine insemination*; (B) *donation of eggs*; (C) *donation of embryos*; (D) *in-vitro fertilization and transfer of embryos*; e (E) *intracytoplasmic sperm injection* ”

2.2 – Procriação Homóloga e Heteróloga

Anteriormente debruçamo-nos sobre o estudo da noção de Procriação Medicamente Assistida, tornando-se o momento oportuno para procedermos à distinção entre Procriação Homóloga e Procriação Heteróloga.

A base de distinção destas duas formas de procriação, centra – se nos gametas utilizados, ou seja, pressupõe por um lado a utilização de gametas doados por um dos elementos de um casal heterossexual e por outro posteriormente a utilização de gametas de doados por um terceiro, alheio a esse casal.

A Procriação homóloga, caracteriza-se segundo SANDRA MAGALHÃES, pela *“utilização dos gametas de duas pessoas casadas, ou que vivam em união de facto, ou seja, do próprio casal que recorreu à reprodução artificial”*.²⁹

ANA PAULA MAGALHÃES , salienta esta modalidade não suscita quaisquer questões, uma vez que, a descendência está assegurada , devido a utilização dos gametas de ambos os progenitores.³⁰

Desta forma, concluimos, o que difere a Procriação Homóloga da reprodução humana natural, é forma como se dá a fecundação. Na primeira dá – se com o auxílio médico e na segunda dá –se com a relação sexual entre o casal.

Por outro lado, a Procriação Heteróloga consiste na utilização de espermatozóides de um dador ou de ovócitos de dadora, através das técnicas de inseminação artificial e fertilização *in vitro*³¹, isto é, utilização de material genético de um terceiro.

²⁹ MAGALHÃES, Sandra Marques , *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 19.

³⁰ GUIMARÃES, Ana Paula , *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 29

³¹ Conforme o disposto nos Artigo 19º e artigo 27º da Lei nº 32/ 2006 de 26 de Julho

A Procriação Heteróloga é reprovada pela Igreja Católica argumentando que estas técnicas “ *provocam uma dissolução do parentesco, pela intervenção de uma pessoa estranha ao casal , sendo gravemente desonestas, lesando ainda o direito da criança nascer de um pai e uma mãe conhecidos dela e ligados pelo casamento*”³².

Na Jurisprudência Portuguesa, a questão da Procriação Heteróloga foi debatida, e um grupo de deputados requereu a inconstitucionalidade do art. 10º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (Lei nº 32/ 2006 de 26 de Julho) invocando a violação dos preceituados arts. 26º nº1 e 36º nº4 da Constituição da República Portuguesa.

O TC ³³por sua vez considerou constitucional a aplicação subsidiária da Procriação Heteróloga, conforme podemos verificar “ *Deve todavia desde já adiantar-se que a lei consagra, como decorre de diversas das suas disposições, um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga. A dádiva de espermatozóides, ovócitos e embriões só é permitida quando, face aos conhecimentos médicos-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários (artigo 10º, n.º 1). E do mesmo modo, a inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar (art. 19º, n.º 1). O que é também aplicável na fertilização in vitro com recurso a sémen ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA como seja a injeção intracitoplasmática de espermatozoide ou a transferência de embriões, gametas ou zigotos (artigos 27º e 47º). Nesta perspectiva, o legislador acaba por privilegiar a correspondência entre a progenitura social e progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador.*”.

³² Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida “ *PMA – Para quê, para quem, com que custos?*”, cit. p.4

³³ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/2009 , de 03 de Março de 2009, tendo como relator Carlos Fernandes Cadilha

O mesmo acrescenta ainda que *“Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária de tais técnicas passa essencialmente pela análise do direito à identidade pessoal compreendido em confronto com o direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito de construir família. {...} E sendo assim, não serão as técnicas de medicina reprodutiva e a simples previsão do recurso à inseminação artificial ou à fertilização in vitro com gametas de um terceiro dador, com os limites que, em todo o caso, são impostos disposto no artigo 7º da Lei nº 32/2006, que podem pôr em causa o direito que é constitucionalmente garantido pelo nº3 do artigo 26º da Constituição. Desse modo, admite-se que se situa ainda dentro da margem de livre ponderação do legislador a opção de permitir a procriação medicamente assistida heteróloga.”*

JORGE DUARTE PINHEIRO considera a admissibilidade dos processos heterólogos suscitam dois problemas *“o da contrapartida econômica da dação de esperma, ovócitos ou embriões, e o anonimato do dador”*³⁴

2.3 – Esterilidade e Infertilidade e respectivas causas

No capítulo anterior, como já foi referenciado, o desejo de procriar do casal, faz parte da sua génese humana, tendo como objectivo primordial assegurar e manter a sua descendência, porventura, nem todos os casais que pretendem ter filhos conseguem, deparando - se com impossibilidade ou dificuldade em procriar.

No presente capítulo iremos debruçar-nos sobre o estudo da esterilidade e infertilidade e respectivas causas, para que possamos ter uma melhor compreensão das vantagens apresentadas com a criação da procriação medicamente assistida, e como tal falaremos sobre estes dois problemas intimamente relacionados com a procriação natural.

Inicialmente, podemos considerar a Infertilidade como uma dificuldade em procriar, ou seja, um ou ambos os membros do casal apresentam uma diminuição da fertilidade e posteriormente podemos defini-la em razão do grau. O primeiro grau que corresponde a infertilidade primária, que serve para caracterizar que uma dada pessoa

³⁴ PINHEIRO, Jorge Pinheiro - *O direito de família contemporâneo*. Reimpressão da 4ª edição de 2013. Lisboa: AAFDL, 2015, cit. p.228

nunca conseguiu alcançar nenhuma gravidez com sucesso, o segundo grau corresponde a infertilidade secundária indica-nos que uma dada pessoa já obteve uma gravidez anterior com sucesso, mas que actualmente não consegue.

ALBERTO BARROS considera a infertilidade é um problema que se verifica no decorrer da história da humanidade , não sendo um problema da actualidade “ *a incapacidade reprodutiva de um casal, contrariando o seu “ instinto procriativo” e impossibilitando a sua continuidade biológica, tem sido uma perspectiva, muitas vezes concretizada, que tem acompanhado todas as gerações desde os primórdios da História*”³⁵.

Nos tempos remotos a infertilidade, era considerada como “ *doença vergonhosa até mesmo uma maldição dos deuses, que era necessário conjurar com rituais religiosos e mágicos*”³⁶.

Naquela data a responsabilidade da mulher era total quanto à infertilidade, sendo tratada e colocada em níveis ligeiramente superior aos animais e em pé de igualdade com os escravos.³⁷

A **infertilidade** é definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como “*uma doença do sistema reprodutivo, traduzida na incapacidade de obter uma gravidez após um ano, ou mais, de relações sexuais regulares e desprotegidas*”³⁸.

Associação Portuguesa de Fertilidade, entende que a mesma “*é o resultado de uma falência orgânica devida à disfunção dos órgãos reprodutores, dos gametas ou do conceito. Um casal é infértil quando não alcança a gravidez desejada ao fim de um ano de vida sexual contínua sem métodos contraceptivos (...) em que a mulher tem menos de 35 anos de idade e em que ambos não conhecem qualquer tipo de causa de*

³⁵ BARROS, Alberto «Procriação Medicamente Assistida», LOUREIRO, João / PEREIRA, André Dias / BARBOSA, Carla, in Direito da Saúde, Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Vol. 4 – Genética e Procriação Medicamente Assistida, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 107

³⁶ Ibidem, pág. 107

³⁷ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida “ *PMA – Para quê, para quem, com que custos?*”, cit. p. 2

³⁸ F. Zegers HOCHSCHILD / G.D. ADAMSON / J. de MOUZON / O. ISHIHARA / R. MANSOUR / K. NYGREN / E. SULLIVAN / S. van der POE, «The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009», Journal Human Reproduction, n.º 11, Vol. 24, 2009.

infertilidade que os atinja. Também se considera infértil o casal que apresenta abortamentos de repetição (a partir de 3 consecutivos)”.³⁹

A infertilidade é considerada pela OMS como um problema de saúde pública, “*Estima-se que este problema de saúde afete entre 15% a 20% dos casais em idade fértil, em todo o mundo, contudo, e tal como no nosso país, não existem dados estatísticos concretos acerca deste problema de saúde pública*”.⁴⁰

As causas da infertilidade dividem – se em quatro grandes grupos: “*causas femininas (aproximadamente 30% dos casos de infertilidade); causas masculinas (tal como as causas femininas, também são de aproximadamente 30%); causas mistas (também de aproximadamente 30%); e infertilidade sem causa aparente (aproximadamente 10% dos casos de infertilidade)*”⁴¹.

As causas femininas mais comuns que poderemos considerar são as seguintes: a ausência ou ovulação pouco frequente; problemas nas Trompas de Falópio, podendo as mesmas estar bloqueadas ou danificadas; obstrução do colo do útero; gravidez ectópica; Outros fatores de risco: como miomas; doenças sexualmente transmissíveis; doenças crónicas, como diabetes, cancro, doenças da tiroide, asma ou depressão e tomar antidepressivos.⁴²

Na sociedade actual deparamo-nos com uma nova causa de infertilidade feminina que reside na idade da mulher, isto é, com a transformação dos tempos e com a evolução da sociedade a mulher tem um papel mais activo na mesma já que antigamente a mulher casava cedo, tinha filhos e cuidava da casa e hoje é plenamente emancipada pelo facto de ter actividade profissional e vida pessoal própria.

O sexo feminino tem a sua função reprodutiva condicionada no tempo, “*sabe-se que a partir dos 35 anos, a fecundidade feminina é reduzida para metade, atingindo níveis mínimos aos 45 anos de idade*”.⁴³

³⁹ Associação Portuguesa de Fertilidade «*O que é?*» consultado online

⁴⁰ Organização Mundial de Saúde «*Mother or nothing: the agony of infertility*», Who Bulletin, n.º12, Vol. 88, 2010. Consultado online

⁴¹ Helena von Eye CORLETA/ Heloísa Sarmiento Barata KALIL «*Infertilidade*», Grande Enciclopédia Médica Saúde da Família, Vol. 9, Porto, QuidNovi, 2003, p.24.

⁴² Associação Portuguesa de Fertilidade «*Principais causas de infertilidade feminina*»

⁴³ CARNEIRO, Raquel, “*A realidade da Procriação Medicamente Assistida: Técnicas laboratoriais; Criopreservação de ovócitos: Que futuro nos centros?*”, Porto, 2013, Faculdade de Ciências da Universidade do Porto, Relatório de Estágio de Mestrado, p. 2.

As causas de infertilidade masculina que subscrevemos são as seguintes: as alterações do trato genital que impossibilita o depósito do esperma no fundo da vagina durante o coito; problemas de ereção; alterações na produção do esperma (diminuição da qualidade e quantidade do esperma); situação anómala do meato urinário; curvaturas muito pronunciadas do esperma ou uma grande diminuição do mesmo e obesidade extrema.⁴⁴

As causas mistas, são um conjunto de factores que tanto afectam tanto a mulher como o homem, tais como, problemas genéticos, distúrbios hormonais, o sedentarismo e a obesidade, o stress do dia-a-dia e o stress associado à vontade de procriar e não conseguir, hábitos de consumo de álcool, tabaco ou estupefacientes, exposições a radiações, entre outros.

Por último podemos encontrar fatores de infertilidade sem causa aparente, isto é, *“sempre que os ciclos foram ovulatórios, o esperma normal e as trompas tiverem a função adequada, estamos perante um diagnóstico de infertilidade sem causa aparente”*⁴⁵.

A **esterilidade** reside em situações em que a capacidade natural de gerar filhos é nula, isto é, sendo considerada verdadeira incapacidade de procriar, podendo afectar tanto o sexo masculino como o sexo feminino.

Uma das muitas causas relacionadas à esterilidade feminina é a obstrução das duas trompas de Falópio, por outro lado no sexo masculino, podemos encontrar a inexistência de espermatozóides aquando da ejaculação.

⁴⁴ Associação Portuguesa de Fertilidade «Principais causas de infertilidade masculina». Consultado online

⁴⁵ Helena von Eye CORLETA/ Heloísa Sarmiento Barata KALIL, «Infertilidade», Grande Enciclopédia Médica Saúde da Família, cit., p. 26.

2.4 – Principais Técnicas da Procriação Medicamente Assistida

As Técnicas de Procriação Medicamente Assistida com a sua utilização adequada vieram proporcionar a um casal infértil, ter a possibilidade de concretizar o sonho de ter um filho.

Antecipadamente da sua aplicabilidade será necessário realizar um estudo sobre o casal que se propõe a utilização desta através de uma avaliação médica, permitindo recolher informações acerca dos antecedentes familiares e pessoais de cada um do casal.

Posteriormente à realização da avaliação, os profissionais de saúde reúnem todas as condições para escolher a melhor técnica aplicável para a resolução do caso concreto, e, sendo aplicada uma primeira abordagem terapêutica, segundo ALBERTO BARROS *“existir uma perspetiva minimamente consciente de sucesso através de uma metodologia mais simples, mais fisiológica e menos intervencionista”*⁴⁶.

O mesmo autor considera que as técnicas evasivas e intervencionistas, devendo ter a sua utilização de forma mais simplificada e possibilitando ao casal recorrer primeiramente a aplicação de uma abordagem terapêutica possibilitando a estimulação da ovulação que posteriormente vai estimular a fecundação. Só quando esta abordagem não surta efeito, o casal passará então para utilização e aplicação das outras técnicas de procriação medicamente assistida.

A estimulação da ovulação aplica-se a mulher numa intervenção que consiste *“é submetida a uma estimulação hormonal suave dos ovários, através de injeções, sendo que pode ser a própria a fazer a respetiva aplicação, o que tem a vantagem de proporcionar uma desejável autonomia, face a outros tratamentos”*.⁴⁷

A moldura do art.º 2.º da Lei 32/ 2006 de 26 de Julho, estipula as técnicas permitidas no nosso ordenamento jurídico, que são as seguintes: a Inseminação Artificial, a Fertilização In Vitro, a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides, a Transferência de Embriões, Gâmetas ou Zigotos, o Diagnóstico Genético Pré-Implantação, assim como outras Técnicas Laboratoriais de Manipulação Genética ou

⁴⁶ BARROS, Alberto *«Procriação Medicamente Assistida»*, João LOUREIRO / André Dias PEREIRA / Carla BARBOSA, in *Direito da Saúde, Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, p. 112

⁴⁷ BARROS, Alberto, *«Alternativas Terapêuticas»*, Centro de Genética e Reprodução – consultado online

Embrionárias equivalentes ou subsidiárias, não mencionado os procedimentos acerca da sua aplicabilidade.

A Lei nº 25/ 2016 de 28 de Agosto veio alterar o art. 2º da Lei 32/2006 de 26 de Julho, acrescentando ao elenco , já definido um nº2 “ *A presente lei aplica-se ainda às situações de gestação de substituição previstas no art.8º*”.

Para uma melhor compreensão das técnicas de P.M.A, iremos analisar cada uma delas individualmente.

2.4.1 - Inseminação Artificial (IA)

A inseminação Artificial com a designação (IA) é uma das técnicas da procriação medicamente assistida, contemplada no art. 2º na Lei nº 32/ 2006, tendo o seu procedimento carácter simples, uma vez que, consiste na colecta do semén do homem, através da masturbação, posteriormente o semén é analisado em laboratório para que se possa efectuar a contagem dos espermatozoides existentes.

Quanto a sua definição RAFAEL REIS considera “ *numa transferência mecânica de espermatozoides (através de cateter) , objecto de recolha e tratamento prévios destinados a seleccionar os mais saudáveis (embora se possa utilizar “ sémen fresco” para o interior do aparelho genital da mulher)* ”⁴⁸.

ANA PAULA GUIMARÃES define como “ *na introdução de sémen nos órgãos da mulher de forma a facilitar o encontro dos gametas masculino e feminino essencial à fecundação*”⁴⁹.

A IA é comporta por quatro fases essenciais: “*a estimulação da ovulação; a programação da inseminação para o período em que é de se esperar que a ovulação ocorra; a recolha de espermatozoides, seguida de procedimentos laboratoriais com o*

⁴⁸ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao Conhecimento da Origem Genética*, Coimbra: Coimbra, 2008,p. 331

⁴⁹ GUIMARÃES, Ana Paula , *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 21

objetivo de aumentar a sua capacidade fecundante e a inseminação propriamente dita”⁵⁰.

Importante salientar, podemos realçar duas distinções baseadas quanto ao material genético utilizado pelo casal ou por um doador, por um lado temos a inseminação homóloga e por outro lado a inseminação heteróloga.

Quanto a IA homóloga consiste “ *no em que o dador do esperma é o marido da mulher inseminada ou de acordo com concepções mais recentes, do homem com o qual a mulher inseminada vida em relação more uxorio*”⁵¹.

Esta inseminação é criticada por FERNANDO ARAÚJO apresentando alguns problemas inerentes, como no caso de obstáculos no campo sucessório após a morte do marido e no campo do direito da família por um lado no divórcio e por outro lado na paternidade.⁵²

Por outro lado a inseminação heteróloga consiste doação do semén não é feita por um dos membros do casal, nomeadamente o homem, porque este apresenta problemas de infertilidade conjugal tornando o esperma ineficaz, deste modo, recorre – se assim a um doador alheio ao casal.

O semén é recolhido no banco de esperma, através de doações não apresentando qualquer custo financeiro e garantido o anonimato a ambas partes intervenientes.

Para ser doador é necessário preencher os seguintes requisitos: como a ausência de doenças hereditárias, a doenças infecciosas transmissíveis, tendo em conta os resultados dos vários rastreios obrigatórios que efetuam e os limites de idade, sendo que não se aceita um dador de espermatozoides com idade superior a 44 anos e uma dadora de ovócitos com idade superior a 34 anos.⁵³

⁵⁰ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, *Inseminação Artificial Intra-Conjugal*. Consultado online

⁵¹ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao Conhecimento da Origem Genética*, Coimbra: Coimbra, 2008,p.331

⁵² ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p.23

⁵³ Informação Disponível no Centro de Genética da Reprodução online.

O valor dos tratamentos da inseminação artificial nas clínicas privadas é oscilante, varia ,se o espermatozoide for do casal o valor é entre os 400,00€ e os 900,00 €, no caso se o espermatozoide for de um doador o valor varia desde os 400,00 € até aos 1.420,00 €.

2.4.2 - Fertilização In Vitro (FIV)

A Fertilização In Vitro com a seguinte designação (FIV) é outra das técnicas da procriação medicamente assistida, tendo sido a primeira vez utilizada na Inglaterra com nascimento em 1978, de Louise Brown.

A FIV consiste na fecundação de células do ovário, num tubo de ensaio, posteriormente depositado no útero da mulher.

O CNEV⁵⁴ define a FIV *“Técnica que envolve aspiração de ovócitos dos ovários antes da ovulação, realizando-se, depois, inseminação “in vitro” com espermatozoides previamente seleccionados e transferência de embriões resultantes da fecundação “in vitro” para o interior da cavidade uterina. Trata-se de um procedimento no qual se pretende uma fecundação extracorporal, não ocorrendo o encontro gamético na trompa de Falópio mas em ambiente laboratorial e sendo os embriões, assim obtidos, transferidos para o útero por intermédio de um cateter que franqueia o colo uterino, através da via vaginal. Esta técnica implica e permite a realização de diversos procedimentos incidindo sobre ovócitos, espermatozoides e embriões”*⁵⁵.

VERA RAPOSO considera o processo de colecta do sexo masculino mais simplificado do que do sexo feminino *“não apenas porque mais perigosa (riscos de ruptura de alguns órgãos, bem como riscos comuns associados a qualquer cirurgia), mas igualmente porque mais cara e dolorosa. Em regra a mulher liberta um óvulo em cada ciclo menstrual, mas no âmbito dos processos de reprodução assistida é aconselhável operar com mais do que um óvulo, para aumentar a probabilidade de*

⁵⁴ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - Relatório: Procriação Medicamente Assistida de Julho de 2004, p. 8

gravidez, o que pode conduzir a procedimentos de estimulação ovárica fisicamente violentos”⁵⁶.

Esta técnica é mais adequada para as mulheres que apresentam problemas de engravidar derivado à obstrução ou laqueadura das trompas, e problemas ginecológicos, como a menopausa precoce.

Enunciando de forma sumária o processo de FIV, inicialmente numa primeira fase a recolha dos espermatozoides do homem e dos ovócitos da mulher, importa salientar que no caso da mulher é necessário existir previamente uma estimulação ovárica, para que possa produzir um maior número de ovócitos do que o normal.

Após essa estimulação e depois de se concluir que os ovócitos estão suficientemente maduros, estes são recolhidos do organismo da mulher, através da parede vaginal.

Numa fase posterior é que os gâmetas masculinos e femininos são postos em contacto, para que possa ocorrer a fusão, e daí ocorra a formação dos embriões.

Após a formação dos embriões e decorrido dois a três dias após a sua formação inicial, são transferidos para o útero da gestante, até dois embriões, com vista alcançar a gravidez almejada.

O montante deste tratamento, varia consoante se recorra ou não à doação de espermatozoides de um doador. Se não recorrer a um doador, os preços variam entre os 2.700,00 € e os 5.000,00€, pelo contrário, se recorrer a um doador, os preços variam entre os 3.500,00€ e os 5.260,00€.

2.4.3 – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI)

A injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide, mais conhecida como Microinjeção Intraplasmática, é uma técnica *in vitro*, ou seja, é criada em meio laboratorial, onde é aplicada uma injeção num único espermatozoide no interior de um ovócito, originando o embrião, sendo posteriormente implantado no útero da mulher.

⁵⁶ RAPOSO, Vera, O Direito à Imortalidade: *O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*. Coimbra: Almedina, 2014., p. 391

É a técnica considerada mais invasiva das restantes técnicas de procriação, “envolve a seleção e a inserção de um único espermatozoide diretamente no citoplasma ovócito e ultrapassa todas as barreiras da fecundação, que inclui o complexo cúmulo-corona, a zona pelúcida e o oolema, o que faz da ICSI uma técnica de micromanipulação mais invasiva”⁵⁷.

Esta técnica é recomendada “o número de espermatozoides é muito baixo, quando estes apresentam uma mobilidade diminuída, quando existe espermatozoide congelado, ou ainda, quando outros fatores o justificarem, por exemplo, quando já existiu um insucesso no tratamento da fertilização in vitro”⁵⁸.

A injeção intracitoplasmática de espermatozoides é ainda utilizada nos casos em que há um risco de “transmissão de partículas virais pelo sémen, como é o caso do vírus da SIDA, da hepatite B e da hepatite C”⁵⁹.

O custo deste procedimento varia entre os 3.700,00 € e os 5.750,00€.

2.4.4 - Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI)

O Diagnóstico Genético Pré – Implantação com a designação (DGPI), é outra técnica da procriação medicamente assistida com a finalidade de extração do embrião uma ou duas células, com o objectivo de estudo de doenças genéticas ou cromossómicas.⁶⁰

⁵⁷ Nagy Z; Liu J; Cecile J; Silver S; Devroey P; Van Steirteghem A. *Using ejaculated, fresh, and frozen-thawed epididymal and testicular spermatozoa gives rise to comparable results after intracytoplasmic sperm injection*. Fertil Steril. 1995; 63: 808-15

⁵⁸ COELHO, Cláudia «Bioética em Reprodução Medicamente Assistida», Revista Nascer e Crescer- Revista do hospital de crianças maria pia, n.º 1, Vol. XV, 2006, p. 29

⁵⁹ CARNEIRO, Raquel , *A realidade da Procriação Medicamente Assistida: Técnicas laboratoriais; Criopreservação de ovócitos: Que futuro nos centros?* Dissertação de Mestrado em Biologia Celular e Molecular Departamento de Biologia 2013, Faculdade de Ciências da Universidade do Porto. cit., p. 10.

⁶⁰ “Embora não funcione (ainda (2)) como garantia segura de um bebé saudável, certo é que hodiernamente é possível despistar uma série de doenças graves, desde logo as várias aneuploidias (síndrome de Down isto é, três cromossomas no 21.º par; síndrome de Patau, trisomia 13; síndrome de Edward, trisomia 18; síndrome de Klinefelter, que pressupõe a existência de dois cromossomas X, criando o tripeto XXY; síndrome de Turner, caracterizado pela inexistência de um cromossoma sexual, o que deixa o cromossoma X sozinho), detectáveis por via de rastreio, método que permite analisar o número de cromossomas (21, 18, 13, X e Y) dos embriões disponíveis (3), de forma a utilizar apenas aqueles que não apresentam alterações cromossómicas, para assim aumentar a taxa de sucesso da PMA e simultaneamente reduzir o

É utilizada como técnica acessória à P.M.A, uma vez que, a sua aplicação só é efectuada após concluídas todas as etapas da técnica de microinjecção intracitoplasmática, ou seja, quando o embrião não é portador de qualquer doença genética (por exemplo doença dos pezinhos) ou cromossómica (por exemplo Trissomia 21).

O DGSi apresenta vantagens na sua adequada utilização como a prevenção de inúmeras de doenças, porventura, se for utilizada indevidamente pode ter consequências nocivas, conduzindo à escolha de seres humanos com características pré-seleccionadas, nomeadamente na escolha do sexo e/ou de determinadas características físicas, o que é de recusar liminarmente.

Encontramos alguns pontos desfavoráveis, nomeadamente quanto ao número reduzido de células que podem retiradas do embrião mas o diagnóstico pode não colidir igualmente diagnóstico pré – natal permitido, e a possível diminuição da taxa de gravidez por ciclo de microinjecção intracitoplasmática, devido as anomalias genéticas.

Esta técnica não pode ser utilizada de uma forma arbitrária, uma vez que exige uma manipulação de um embrião, estando portanto, sujeita às regras e princípios da Lei da PMA nos termos do art. 28.º nº 2 e nº 3 com a seguinte redacção “ 2 -*É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, do rastreio genético de aneuploidias nos embriões a transferir com vista a diminuir o risco de alterações cromossómicas e assim aumentar as possibilidades de sucesso das técnicas de PMA. 3 – É permitida a aplicação, sob orientação de médico especialista responsável, das técnicas de DGPI que tenham reconhecido valor científico para diagnóstico, tratamento ou prevenção de doenças genéticas graves, como tal considerado pelo Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida.*”.

número de embriões implantados em cada tentativa. A par do rastreio, o DGPI permite ainda diagnosticar afectações genéticas que indiquem a presença de certas doenças (como a Coreia de Huntington ou a Polineuropatia Amiloidótica Familiar) que poderão ocorrer com risco acrescido em certos casos (ou porque já foram pais de uma criança nessas condições, ou atendendo ao seu historial familiar) mediante o estudo do concreto cromossoma ou gene implicado nessa doença.” RAPOSO, Vera Lúcia. *Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação.* Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 4, n. 8, 2007b, p. 5960.

2.4.5 - Transferência Intrafalopiana de Gâmeta (GIFT)

A transferência Intrafalopiana de Gâmetas, ocorre directamente nas trompas de falópio da mulher gestante, *“após a extracção dos ovócitos do ovário com o auxílio de uma finíssima agulha, tanto estes como os espermatozoides são transferidos para as trompas de falópio, onde se espera que ocorra o processo de fecundação de forma natural”*⁶¹.

2.4.6 - Transferência Intrafalopiana de Zigotos (ZIFT)

A Transferência Intrafalopiana de Zigoto ocorre após a fecundação *in vitro*, quando o Zigoto é imediatamente transferido para a trompa uterinas da paciente.

Os Zigotos são transferidos para as suas trompas de Falópio e sua fecundação ocorre por meio laboratorial.

2.5 - Condições de Admissibilidade à Procriação Medicamente Assistida

Às condições de admissibilidade da Procriação Medicamente Assistida estão consagradas na versão originária no art.4º da Lei nº 32/ 2006 de 26 de julho *“1 - As técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação. 2 - A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.”*

O método subsidiário foi criado para resolver o problema da reprodução natural do casal atendo a história já retratada no presente trabalho da Procriação Medicamente Assistida, tendo como objectivo evitar a instrumentalização do ser humano, bem como dos seus respectivos órgãos reprodutores, respeitando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado no art. 1º da CRP com a seguinte epígrafe *“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”*.

⁶¹ RAPOSO, Vera, *Direitos Reprodutivos*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, 2005, p. 19

Em 2016, deu - se a aprovação da Lei nº 17/2016 introduzindo o nº3 ao art. 4º da Lei nº 32/2006 com a seguinte redacção “3 - *As técnicas de PMA podem ainda ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade.*”

Com a introdução desta nova lei, vem gerar incompatibilidade entre o art. 4º nº1 e nº2 com o nº3, pois os primeiros dois números, possibilitam o recurso a procriação medicamente assistida mediante o diagnóstico de infertilidade, por outro lado o nº 3 vem ampliar o recurso para todas as mulheres quer sejam inférteis ou férteis, colocando em causa qual a finalidade da P.M.A, se é para ser utilizada como um tratamento de problemas de saúde, como é o caso da infertilidade, ou se a sua utilização se amplia a satisfação de interesses pessoais inerentes as mulheres férteis.

Outra questão pertinente de analisar do método subsidiário e suscita alguns problemas, será aceitável uma pessoa que recorra a técnica de P.M.A ter o poder de escolha do sexo da criança?

Com a Convenção de Oviedo com entrada em vigor em Portugal em 1 de Dezembro de 2001, é proibido no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de escolha do sexo da criança.

JORGE DUARTE PINHEIRO ⁶² considera que“ *exclui a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. Entre as quais a hemofilia que é transmitida pela mãe apenas as crianças do sexo masculino*”.

O art. 7º nº2 da Lei nº 32/ 2006 proíbe esta possibilidade “*As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo*”.

Porventura o art. 7º nº 3 contempla algumas excepções “*Excetuam-se do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a deteção direta por diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave*”.

⁶² PINHEIRO, Jorge Duarte, *Procriação Medicamente Assistida*, Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Volume 1, Coimbra: Almedina, 2005, p. 770

2. 6 – Beneficiários da Procriação Medicamente Assistida

O art. 6º nº1 na versão originária da Lei nº32/ 2006 de 26 de Julho, enuncia nos quem pode ser beneficiário da Procriação Medicamente Assistida, conforme a epígrafe *“as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto, ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA”*, ou seja, quem pode beneficiar destas técnicas apenas pessoas casadas e de sexo diferente.

A expressão beneficiários segundo OLIVEIRA ASCENSÃO⁶³ foi escolhida correctamente, uma vez que *“independente da continuidade biológica”*, pois posteriormente poderá ou não existir vínculo biológico com um dos beneficiários.

JORGE DUARTE PINHEIRO⁶⁴ considera que a *“lógica de biparentalidade, subjacente à não inclusão de pessoas sós, que não sejam membros do casal, entre os beneficiários das técnicas de PMA”*, uma vez que legislador português tentou proteger a consagrada família tradicional, em que a criança deveria ter um pai e uma mãe.

Em 2010, com a aprovação da Lei n.º 9/2010 que veio permitir a realização de casamento entre pessoas do mesmo sexo, alterando o preceituado art. 1577º do Código Civil (CC) , passando a dispôr *“que casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida.”*

A expressão *“condições análogas às dos cônjuges”* refere – se a união de facto encontra-se regulada na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, cuja também sofreu alteração pela Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro⁶⁵, conforme o seu art. 1º nº 2 *“a união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos.”*.

⁶³ ASCENSÃO, José Oliveira *“A Lei nº32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida”*

⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *«Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal»*, Guilherme de OLIVEIRA, in Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 364

⁶⁵ Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, Diário da República, Série I, n.º 4, de 29 de fevereiro de 2016

Em 20 de Junho de 2016 com a aprovação da Lei n.º 17/2016, veio proceder ao alargamento dos beneficiários, estendendo –se a casais de sexo diferente ou casais de mulheres, casados/as ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, assim como, todas as mulheres, independentemente do seu estado civil e orientação sexual.

Outra questão importante de salientar em relação dos beneficiários, é o consentimento, que deve ser livre e esclarecido conforme o art.º 14.º, n.º 1 da Lei n.º 32/ 2006 com a seguinte redacção *“Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.”*, no mesmo artigo, mas no n.º 2 *“devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de P.M.A, bem como as das suas implicações éticas, sociais e jurídicas”* e o n.º 3 *“as informações constantes do número anterior devem constar de documento, a ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, através do qual os beneficiários prestam o seu consentimento.”*

O consentimento dos beneficiários é prestado de forma escrita, através de um documento aprovado pelo CNPMA, onde cada técnica a ser utilizada, demonstre as suas principais etapas, os riscos associados, as probabilidades de sucesso, assim como, as questões éticas, jurídicas e sociais implícitas no recurso a este método de procriação.

RAFAEL REIS, afirma *“O consentimento que os beneficiários, nos termos do art.14º devem prestar (necessariamente livre, esclarecido, expresso por escrito perante o médico responsável, e livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos) para as intervenções no âmbito da PMA não assume singelas vestes de um estrito consentimento para ato médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultraconstitutivos, com reflexos importantes e diretos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais derogatórios das regras gerais.”*⁶⁶

⁶⁶ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao Conhecimento da Origem Genética*, Coimbra: Coimbra, 2008, pp.444 - 445

Todos os beneficiários devem ser dotados de capacidade de exercício e de gozo para compreensão e análise das diversas questões subjacentes à aplicação de uma técnica de P.M.A, visto estarmos a lidar com questões muito complicadas, sendo importante os beneficiários terem um acompanhamento personalizado e pessoal para ser devidamente esclarecidos.

A título informativo, temos o caso “*Evans contra o Reino Unido*” julgado pelo TEDH⁶⁷, onde o consentimento prestado foi fundamental para a decisão⁶⁸.

Outro dos requisitos de acesso às técnicas de PMA, reside na razão da idade, estatuído no n.º 2, do art.º 6.º da Lei nº 32/2006, segundo o qual “*As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem tenha, pelo menos, 18 anos de idade e desde que não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas.*”, verificamos a lei apenas estabelece a idade mínima para os beneficiários, inexistindo qualquer limite máximo, potenciando assim uma mulher idade infértil recorra as técnicas de procriação medicamente assistida.

⁶⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

⁶⁸ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Case of Evans v. The United Kingdom*, 10 de abril de 2007 “*Natalie Evans e o Sr. J. decidiram a 12 de junho de 2000, procurar um tratamento de fertilidade. Numa das diversas consultas, a 10 de outubro de 2000, Evans foi informada que tinha um tumor pré-cancerígeno nos ovários, sendo necessário proceder à extração dos mesmos. Apesar deste facto, informaram o casal que poderiam proceder à recolha de óvulos da Evans para a fertilização in vitro, e assim, poderia o casal concretizar o desejo de ter filhos. De acordo com os médicos a taxa de sucesso em caso da congelação dos óvulos era inferior à da fertilização in vitro, além de que aquela clínica não realizava a congelação de óvulos. Assim, decidiu o casal recolher os óvulos e fertilizá-los com o esperma do Sr. J., procedendo à assinatura dos formulários, que confirmavam o seu consentimento na utilização daquela técnica. Entretanto, a relação do casal terminou em 2002, tendo o Sr. J. recorrido à clínica de fertilidade, para que destruíssem os embriões. Perante a revogação do consentimento por parte do Sr. J., a clínica de fertilidade informa a Sra. Evans, que iriam proceder à descongelação dos embriões. Na tentativa de que tal não acontecesse, a Sr. Evans intenta uma ação no High Court, alegando que o Sr. J. não poderia alterar o seu consentimento, sendo que estavam a ser violados os art.ºs 2.º, 8.º e 14.º da CEDH. Não sendo as pretensões da requerente acolhidas pelo no High Court, a mesma decide recorrer para o Court Appel, que também não deu uma decisão favorável à Sr. Evans.*”

A Assembleia da República também se pronunciou, através de grupo de deputados alegando a inconstitucionalidade do art. 6.º n.º 2 da Lei n.º 32/2006, que, não estabelece um limite máximo de idade para se recorrer à P.M.A. “à semelhança do que se encontra previsto na adoção, as relações a estabelecer entre os beneficiários da PMA e a criança, deverão ser equiparados, às da filiação natural, em homenagem ao superior interesse da criança, que não pode ser afastado em virtude de um desejo pessoal de maternidade a todo o custo”⁶⁹.

A Jurisprudência Portuguesa manifestou-se através do seu acórdão n.º 101/2009, que existe um limite implícito na Lei da Procriação Medicamente Assistida, no termos art. 4.º n.º 2 da versão originária da Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho “A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras”, sendo inalterada, pela aprovação da Lei n.º 17/2016.

Desta forma, o Tribunal Constitucional, decidiu que o art.º 6.º, n.º 2, da Lei da Procriação Medicamente Assistida é constitucional, por força disposto do art.º 4.º, n.º 1 e n.º 2, ter um carácter restritivo “à partida obsta a que as técnicas de procriação medicamente assistida possam ser utilizadas em circunstâncias contrárias à ordem natural das coisas”.

⁶⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, referente ao processo n.º 963/06, disponível no Diário da República, II série, n.º 64, de 1 de abril de 2009.

CAPÍTULO 3 - A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO À PROcriação – O DIREITO CONSTITUCIONAL A " CONSTITUIR FAMÍLIA EM CONDIÇÕES DE PLENA IGUALDADE " DO ART. 36º, N.º 1 DA CRP

Neste capítulo, iremos debruçar nos sobre o estudo do artigo 36 º nº1 da CRP com a seguinte redacção “*Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*”, onde constatamos a existência de dois direitos, por um lado o direito de constituir família e por lado o direito à procriação, a amplitude destes dois direitos, suscita algumas dúvidas por parte da doutrina.

CARLOS PAMPLONA CORTE REAL⁷⁰, considera que os dois direitos mencionados são distintos e autónomos, conforme enuncia o autor “ *O art. 36.º, n.º 1 da CRP, ao antepor o direito a constituir família ao direito a contrair casamento, parece legitimar a tutela constitucional do direito a procriar, autónoma mesmo da tutela ao direito ao casamento*”.

TIAGO DUARTE⁷¹ entende o conceito de família “ *família matrimonializada*” não é somente baseada no casamento, porque o conceito de família é concedidos a todos, quer casados ou não casados, ou seja, abrange uma família biológica como uma família efectiva, logo conforme o artigo 36 º nº 7 da CRP.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁷² consideram o direito de constituir família: “*implica não apenas o direito de estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos; direito que, embora não seja elemento essencial do conceito de família e nem sequer a pressuponha, lhe vai naturalmente associado. Isso compreende tanto a liberdade de procriação (não havendo lugar para interdições de procriação, limites ao número de filhos e esterilização forçada, que não seriam compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a autodeterminação pessoal que lhe é inerente), como o direito a uma paternidade e maternidade consciente e responsável*”.

⁷⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona “*Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)*”, in Ascensão, José de Oliveira (coord.), Estudos de Direito da Bioética, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 93-112. Cit. p. 101

⁷¹ DUARTE, Tiago “*In Vitro Veritas ? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*”, cit. p.34.

⁷² CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Vol. I 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, cit. p. 567

O art. 36º nº1, 1ª parte da CRP , na expressão “*direito a constituir família*”, refere que todas as pessoas casadas ou não, têm o direito a procriar e, ainda o direito a estabelecer relações de paternidade e maternidade.

Nos últimos anos, temos vindo a assistir a modificação e progressiva evolução da sociedade, relativamente a um acentuado crescimento de inúmeras famílias não tradicionais, dando assim origem ao alargamento do conceito de família.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS⁷³, defendem o alargamento do conceito de família “*a Lei Fundamental revela abertura à pluralidade e diversidade das relações familiares, nada impedindo que o significado do direito fundamental de constituir família seja concretizado, em termos amplos, pelo legislador democrático, sublinhado que, num entendimento dinâmico da Constituição e num sistema aberto de interpretação, o art. 36º, nº 1, não exclui do seu âmbito de aplicação, para além da família conjugal e da família constituída por pais e filhos (ainda que adotivos), “as novas relações familiares e para familiares do nosso tempo”*”.

FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA⁷⁴ consideram que o direito a constituir família contém alguns limites, que leva a aplicação de normas inconstituicionais “*Imposição de esterilização de pessoas portadoras de determinadas doenças; o estabelecimento do número máximo de filhos que os casais poderiam ter e consequente sancionamento de casais que optassem por ter um número superior ao fixado; proibição ao pai de perfilhar ou à mãe declarar a maternidade e filho adulterino ou incestuoso*”.

⁷³ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, cit. p. 815

⁷⁴ Francisco Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, Ob. Citada, p. 139.

TIAGO DUARTE⁷⁵ entende as normas que obrigassem a um planeamento familiar forçado, com por exemplo as esterilizações forçadas, são inconstitucionais, uma vez que violam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nos termos do art.1º da CRP, conjuntamente com o art. 36.º da CRP.

Desta forma, surge uma questão bastante oportuna, se existe ou não um direito à procriação, nos casos de Procriação Medicamente Assistida?

Por parte da doutrina tem sido alvo de discussões sobre esta problemática, primeiro autor a pronunciar é GUILHERME DE OLIVEIRA⁷⁶ que reconhece *“porém, que existem dois direitos em conflito, pelo que, embora considerando que “a natureza de “liberdade fundamental” impõe que o livre acesso a todos os métodos de procriação assistida seja reconhecido”, ressalva a existência de “limitações a estas regras de universalidade e de admissibilidade plena de todos os métodos”, entendendo que “fica a ideia de que esta liberdade fundamental se pode afirmar apenas com referência ao combate contra um modo particular de ausência de saúde – a esterilidade (ou, por extensão, o perigo de transmissão de doenças graves”.*

PAULA MARTINHO DA SILVA⁷⁷ considera o recurso a técnicas de Procriação Medicamente Assistida, está consagrado na Constituição estabelecido pelo art. 36º, nº 1 da CRP.

DIOGO LEITE DE CAMPOS⁷⁸ entende que *“O direito a procriar se trata de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental, (...) que é, e deve ser, assegurada por constituições e leis ordinárias”.*

GUILHERME DE OLIVEIRA⁷⁹ afirma ainda que *“(...) o ‘Direito ao Filho’ pode ser entendido como um direito fundamental de todos os cidadãos, sob a forma de uma liberdade constitucional, impondo ao Estado o dever de se abster e a obrigação de*

⁷⁵ DUARTE, Tiago *“ In Vitro Veritas ? - A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei”*, cit. p. 35

⁷⁶ OLIVEIRA, Guilherme *“ Temas de Direito da Medicina - Beneficiários da procriação assistida”*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico - Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2005, pp. 39 a 43.

⁷⁷ MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta, *‘A lei da procriação medicamente assistida anotada: e legislação complementar’*, Coimbra Editora, 2011., p. 35

⁷⁸ CAMPOS, Diogo Leite: *A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*, ROA, vol. III, ano 66, 2006, p.1030

⁷⁹ OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p.39

assegurar as condições mínimas de exercício; não poderá falar-se, por enquanto, num direito fundamental a prestações, num direito social à procriação assistida”.

FRANCISCO AGUILAR⁸⁰, faz uma leitura mais restritiva, ao direito à procriação, considerando deve ser entendido como o direito à descendência biológica directa porque, a procriação heteróloga “*não constitui forma de suprimento da insuficiência fisiológica reprodutiva*”.

DUARTE PINHEIRO considera “*que o direito a procriar está limitado pelo interesse da futura criança*”⁸¹, afirmando a existência de colisão entre o direito a procriação e o interesse superior da criança.

PAULO OTERO⁸² considera que “*Mostra – se duvidoso, todavia, que a tutela constitucional decorrente do artigo 36º nº1, inequivocamente consagradora de um direito de procriação natural, se possa alargar a toda e qualquer forma de procriação artificial: o direito de constituir família, expressando o valor próprio da família como “ elemento natural e fundamental da sociedade “, não compreende uma abertura constitucional a qualquer forma ou técnica de procriação artificial*” o autor ainda considera que “*tutela conferida pela Constituição ao direito de procriar, já mostra alguma dificuldade o reconhecimento liminar no artigo 36º nº1, de um eventual direito à inseminação artificial heteróloga*”.

RAFAEL REIS⁸³, considera que “*esse direito fundamental a constituir família deve abranger o direito dos cidadãos a recorrer às técnicas de procriação, mas talvez apenas tutele directamente esse direito no que respeita aos casais heterossexuais com união estável e inférteis, na medida em que deve reconhecer-se o carácter subsidiário das técnicas de PMA enquanto projecto subjectivo de procriação*”.

⁸⁰ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca, “*O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2000, pp. 655 - 713

⁸¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, p. 245

⁸² OTERO, Paulo, ‘*Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano – Um perfil constitucional da bioética*’, pp. 21 - 22

⁸³ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao Conhecimento da Origem Genética*, p. 375

PAMPLONA CORTE – REAL⁸⁴ considera que o direito à constituição de família é baseado no direito de procriação, “*parece inequívoco que um qualquer vínculo de ordem filial [com os dadores de gâmetas] não deve nem pode ocorrer. Não tanto, ou não somente pela ausência de um projecto enquanto progenitor, mas sobretudo por, ajustadamente crê-se, se ver na infertilidade uma maleita, um procedimento a que a dação de sémen ou de ovócitos visa fazer face, tão só no plano médico.*”.

Outra questão inerente importante de salientar dentro desta temática, é o confronto entre a Lei da Procriação Medicamente Assistida e o Princípio da Igualdade estabelecido na tutela constitucional.

O princípio da igualdade está contemplado no art. 13º da CRP com a seguinte redacção “*1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.*

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”.

Este princípio é considerado um dos os princípios estruturantes do sistema constitucional inerente ao conceito de Estado de direito democrático e social⁸⁵.

HELENA PEREIRA DE MELO⁸⁶ define este como “*proclama a exigência de igualdade na aplicação da lei, exigência dirigida ao juiz e à administração no sentido de que apliquem a lei, consubstanciando-se na ideia de que todos beneficiam por forma idêntica dos direitos que ela estabelece e todos por forma idêntica e todos se acham sujeitos aos deveres por ela impostos*”.

A autora ainda defende ao analisarmos o nº1 do art. 13º da CRP, com a seguinte nomeaclura “*Todos os cidadãos são iguais perante a lei*”, devemos interpretar

⁸⁴ CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “*Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)*”, in Ascensão, José de Oliveira (coord.), Estudos de Direito da Bioética, Coimbra, Almedina, 2005, p. 100

⁸⁵ Jorge Miranda; Rui Medeiros, “*Constituição Portuguesa anotada*”, Vol. I, p. 336-337.

⁸⁶ MELO, Helena Pereira de, “*Implicações jurídicas do projeto do genoma humano: Constituirá a Discriminação Genética uma Nova Forma de Apartheid?*”, p. 366.

o que é igual deve ser tratado pelo critério de igualdade, e aquilo que é desigual sob o critério da desigualdade.⁸⁷

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS⁸⁸ defendem que o princípio da igualdade situado nos “*princípios gerais dos direitos e deveres fundamentais*” na CRP, fundamenta –se , a proibição de privilégios ou benefícios no gozo de qualquer direito ou na isenção de qualquer dever e proibição de prejuízo ou detrimento na privação e qualquer direito ou na imposição de qualquer dever, nos termos do nº 2 do art. 13º.

DIOGO CAMPOS ⁸⁹enuncia sobre o princípio da igualdade “ *é um dos princípios fundamentais éticos assumidos pelo ordenamento jurídico, na medida que só através da igualdade, tratando da mesma maneira situações iguais, se obtêm justiça (...)* para além da aspiração a igualdade formal, há uma aspiração de igualdade substancial, na medida em que o Direito, também o Direito Civil e sobretudo este, visam obter uma igualdade substancial entre as partes para estas poderem agir, a partir desta base, os seus interesses com plena igualdade. Todos estes valores assentam no valor da personalidade individual, na dignidade do individuo que se traduz numa personalidade jurídica plena, igual para todos”.

Como anteriormente retratamos e temos vindo a estudar na presente dissertação , a Lei nº 32/2006 de 26 de Julho na sua versão originária, os beneficiários que poderiam recorrer as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida somente eram pessoas casadas e de sexo diferente, desde logo verificamos que a lei violava o princípio da igualdade, uma vez que, existindo uma discriminação para com as restantes pessoas que não se enquadravam nestes requisitos estabelecidos pela Lei da Procriação Medicamente Assistida.

Após a aprovação da Lei nº 17/2016, de 20 de junho, referente ao alargamento dos beneficiários, actualmente todas as mulheres independentemente do estado civil, orientação sexual ou diagnóstico de infertilidade, podem aceder a P.M.A e ainda com a aprovação da Lei n.º 25/2016, regulamentando no art. 8º o acesso à gestação de

⁸⁷ IDEM, p. 366

⁸⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, 2005, pp. 120 – 121

⁸⁹ CAMPOS, Diogo Leite de , “ *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador - Ou a Omnipotência do Sujeito*”, em Estudos do Direito de Bioética Revista ano 66, Vol. II, DEZ 2006.

substituição ou em termos leigos conhecida como “*Barriga de Aluguer*” possibilitam também homens homossexuais ou heterossexuais a ter filhos.

O legislador português com a aprovação destes dois diplomas tentou suprimir a existência de violação do princípio da igualdade mas não achamos que o tenha conseguido, uma vez que, colocam – se algumas questões e dúvidas se a situação de mulher não devia depender de um homem para engravidar e porquê o homem deve depender de uma mulher para engravidar, tendo em conta a Anatomia Humana de ambos.

Reparamos que o art. 8º da Lei n.º 25/2016 indica nos que gestação de substituição que “*1 - Entende-se por 'gestação de substituição' qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 2 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.*”, questionamo – nos quanto ao direito do homem poder ter filhos, uma vez que, conforme o nosso conhecimento da Anatomia Humana do Homem, este não contém útero, logo à partida poderia recorrer à gestação de substituição nos termos do nº2, mas a parte final do mesmo refere “*impeça de forma absoluta e definitiva à gravidez da mulher ou situações clínicas que o justifiquem*”, excluindo assim os Homens.

Concluimos que tanto a Lei n.º 25/2016 e como a Lei n.º 17/2016, violam o princípio da igualdade, e violando ainda o direito dos homens a terem filhos e a constituir família, consagrado no art.º 36.º da CRP.

VERA LÚCIO RAPOSO⁹⁰, tece algumas críticas “*todas as pessoas são, em abstrato, titulares do direito à reprodução., mas que este direito só poderia ser livremente exercido quando a natureza, isto é, a biológica o permitisse. Se uma mulher só, viúva ou lésbica, engravidar pelos métodos ditos “naturais” (por relação sexual com um ser humano do sexo masculino), o Estado não tem legitimidade para se imiscuir nesta opção de vida. Não lhe pode retirar a criança, nem forçá-la a abortar,*

⁹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia, “*O Direito à Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro.*”, Almedina, 2014., pp. 725 - 726

nem sancioná-la de qualquer modo. Isto é, não pode proibir este comportamento. Mas quando assim não seja e se sinta a necessidade de recorrer aos avanços da ciência, já o direito à reprodução não poderia ser exercido, pois embateria no direito ao bem-estar do novo ser, que logo ao nascer se veria privado de uma parcela substancial da sua integração humana, qual seja, o direito a nascer numa família supostamente funcional.”

SÓNIA MOREIRA⁹¹ entende que ambos os sexos o direito de ter filhos através da gestação de substituição “ *Qual é, agora, a diferença que justifica um tratamento desigual destas situações? (...) Poderíamos contra-argumentar, com o facto de as mulheres serem biologicamente (e socialmente) mais aptas ao papel de educadoras e cuidadoras das crianças, possuindo muitas vezes uma ânsia de serem mães. Mas também os homens poderão, a certa altura, sentir esta necessidade, havendo pais que cumprem este papel com zelo*”.

⁹¹ MOREIRA, Sónia, «Igualdade de Género e Parentalidade», in Congresso Internacional - Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios, cit., p. 17

CAPÍTULO 4 – O ESTABELECIMENTO DE FILIAÇÃO E A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

4.1 – A Filiação no Direito Português

No presente capítulo iremos debruçar- nos sobre a temática do Direito Filiação na Procriação Medicamente Assistida, salientando na procriação heteróloga. Antecipadamente faremos uma breve alusão ao Direito da Família, sendo Direito à Filiação um ramo do Direito da Família reveste cada vez mais importância e que abrange realidades complexas mas actuais, da nossa sociedade.

No nosso ordenamento jurídico português, sob a tutela juscivilista, encontramos implementando de forma autónoma o Direito da Família no Livro IV do Código Civil, no seu preceituado art. 1576º do CC fornece nos as fontes das relações jurídicas familiares, não indicando expressamente uma noção de família.

Alguns doutrinadores, tem debruçado sobre a definição de família, nomeadamente RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, entende que família “*seja entendida, à maneira romana, como um conjunto de «várias pessoas que estão sob o poder de um só, e sujeitas pela natureza, ou pelo direito» e que a legitimação do poder do pai de família decorra de a ele competir, primacialmente, v.g., reivindicar os filhos, defendê-los, criá-los, designarlhes tutor testamentário e administrar-lhes os bens...*”.⁹²

DIOGO LEITE DE CAMPOS e MÓNICA MARTINEZ DE CAMPOS, referem a família como “*que humaniza o ser humano, fazendo a ponte para o ser com os outros através da demonstração do amor*”.⁹³

Na História do Direito da Família é demonstrada uma enorme evolução, uma vez que, nos Séculos XII e XII, o casamento tinha uma forte ligação entre o Direito e a Igreja Católica, sendo casamento considerado para sempre sem possibilidade da sua dissolução.

⁹² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *Direito da Família e das Sucessões*, 1999, Coimbra Editora, p. 80.

⁹³ LEITE DE CAMPOS, Diogo e MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica, *Lições de Direito da Família*, Reimp. 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017. p. 13.

Com aprovação e consagração do Código Civil de 1867, assistiu –se uma grande alteração do modo de pensar referente ao casamento civil e o católico, verificando –se uma discórdia entre os mesmos.

Em 1910 , com o Decreto n.º 1, de 25 de Dezembro, assistiram-se mudanças de bastante significantes, como: *“Logo no artigo 2.º, o Decreto considerava o casamento como contrato “puramente civil”. O artigo 3.º dizia assim que “todos os portugueses celebrarão o casamento perante o respetivo oficial do registo civil, com as condições e pela forma estabelecida na lei civil, e só esse é válido.*

A instauração do casamento civil e do divórcio concretizando –se através do artigo XXIV da Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 7 de Maio de 1940, após a implantação da república em que determinava: *“Em harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entende-se que pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser aplicado pelos tribunais civis aos casamentos católicos”*.

Nos finais do Século XX deparamos com uma acentuada evolução do Direito Família, derivado das transformações sociais, principalmente da configuração da própria família, introduzindo –se a com aprovação da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, da União de Facto e com aprovação da Lei nº 9/2010, de 31 de Maio, no ordenamento jurídico português o casamento celebrado entre duas pessoas do mesmo sexo.

O termo “ *Filiação*” provém de origem etimológica no vocabulário latino, *filialio*, que tem como significado de descendência de pais e filhos.

EDUARDO DOS SANTOS ⁹⁴ entende por filiação *“é o estado (status) jurídico de uma pessoa em razão da relação de procriação real ou suposta com um terceiro, e, porque é um estado, é uma situação ou posição integrada por um complexo de relações jurídicas entre procriadores e procriados”*.

JORGE SHIGUEMITSU FUJITA ⁹⁵, entende como *“ vínculo que se estabelece entre os pais e filhos, decorrentes de fecundação natural ou da técnica de reprodução*

⁹⁴ SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*. Coimbra: Almedina, 1999., p.435

⁹⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.p. 9

assistida homóloga ou heteróloga, assim como em virtude de doação ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho”.

CASTRO MENDES e TEIXEIRA DE SOUSA⁹⁶ entendem que filiação é uma “*relação juridicamente estabelecida entre duas pessoas que procriam e aquelas que foram geradas*”.

Podemos dividir o conceito de filiação em duas dimensões, por um lado em sentido estrito, através da constituição do parentesco entre o procriador e o fruto da criação.

Por outro lado em sentido amplo, em que JORGE DUARTE PINHEIRO⁹⁷ entende que “*quer a relação jurídica familiar constituída pela procriação quer a relação que, não tendo origem no fenómeno da procriação, produza efeitos jurídicos similares*”.

Desta forma, podemos entender que Filiação consiste na existência de vínculo de base natural ou biológico entre um filho, com o pai e a mãe e ainda pressupõe um vínculo jurídico, isto é, seja efectuado um registo do respectivo filho, para que seja juridicamente reconhecido, conforme dispõe o art. 1796º e ss do CC.

Na História nomeadamente no Direito Romano, até aos imperadores cristãos, apenas existia duas categorias de filhos eram reconhecidas: *os iusti liberi* e *os liberi spurii*. Os primeiros procediam do *iustia nuptiae*. Os segundos, chamados de vulgo *concepti*, eram concebidos fora do matrimónio.

Ainda nesta época, para a consideração de um filho como legítimo impunha-se, primeiro, a celebração de «*justas núpcias*» e a concepção do então nascido durante a constância do casamento.

Desta forma, o filho legítimo seria aquele nascido ou concebido na constância do matrimónio. Ao invés, o filho ilegítimo seria aquele, fruto de uma relação incestuosa ou adúltera, não reconhecido pelo Direito.

O Direito da Filiação é regido por vários princípios, nomeadamente pelo princípio superior interesse da criança, em que o desenvolvimento total e saudável das

⁹⁶ CASTRO MENDES, João ; TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, Direito da Família, AAFDL, 1990- 1991, p. 214

⁹⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 131

crianças é uma garantia, sendo estas consideradas mais vulneráveis, conforme o disposto do artigo 69º nº2 da CRP com a seguinte redacção “ *O Estado assegura especial protecção às crianças orfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal*”.

Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, sendo estes essenciais nas incumbências de promoção das diligências necessárias e tendentes ao estabelecimento da filiação, principalmente nas acções de investigação ou impugnação.

Os direitos de personalidade, que influenciam o direito da filiação, são o direito à identidade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade, estabelecidos nos termos do art. 26º nº1 1ª parte da CRP.

O direito à identidade pessoal tem como sentido o “*de garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível*”⁹⁸, englobando tanto um direito ao nome, “*de não ser privado dele, de o defender e de impedir que outrem o utilize (sem prejuízo dos casos de homonímia)*”, como o direito à historicidade pessoal, ou seja, o direito a conhecer a identidade dos seus ascendentes, permitindo ao indivíduo a sua “*localização familiar*”⁹⁹.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui “*um direito subjetivo fundamental do indivíduo, garantindo-lhe um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade destas*”¹⁰⁰

PAULO MOTA PINTO¹⁰¹ considera o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, num âmbito bidimensional: em que por um lado fundamenta uma tutela geral da personalidade, e por outro consagra uma liberdade de ação, e uma liberdade de comportamento definindo assim a autodeterminação de um indivíduo.

⁹⁸ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, p. 462

⁹⁹ Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, p. 51

¹⁰⁰ J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, p. 463

¹⁰¹ PINTO, Paulo Mota, *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in Separata de “Portugal-Brasil, ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2000, p. 149 - 246.

Ao direito à filiação estão relacionados outros princípios como tal como o princípio da verdade biológica e o princípio da taxatividade dos meios de estabelecimento da filiação.

FRANCISCO COELHO e GUILHERME OLIVEIRA¹⁰² considera que o princípio da verdade biológica reside “ *exprime a ideia de que o sistema de “estabelecimento da filiação” pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel, isto é, pretende que a mãe juridicamente reconhecida e o pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho. Isto implica que as normas pelas quais se rege o reconhecimento dos vínculos devam estar previstas de tal modo que produzam resultados jurídicos fíeis à realidade biológica*”.

O princípio da verdade biológica corresponde, a verdade biológica deve coincidir, tanto quanto possível e com certas restrições, ao vínculo jurídico de filiação.

O princípio da verdade biológica pode ser visualizado em vários artigos do código civil, nomeadamente, na admissibilidade dos exames de sangue e de quaisquer outros métodos cientificamente comprovados nas ações de filiação (art. 1801º), na admissibilidade da fixação judicial da data da concepção (art. 1800º, nº 1), na possibilidade de ilidir as presunções de paternidade (seja do marido da mãe – art. 1826º, nº 1); seja das demais presunções de paternidade – art. 1871º), a atribuição a várias pessoas de legitimidade para intentar ações de impugnação da maternidade (art. 1807º), da paternidade (arts. 1839º e 1841º) e da perfilhação (art. 1859º) ou para prosseguir a ação de investigação da maternidade (art. 1818º) ou de paternidade (art. 1873º).

FRANCISCO COELHO e GUILHERME OLIVEIRA¹⁰³ entendem que o princípio da taxatividade dos meios para o estabelecimento filiação consiste “ *que os vínculos de filiação se estabelecem apenas através de modos previstos imperativamente na lei, com exclusão de quaisquer acordos privados através dos quais se pretenda constituir vínculos diferentes ou com fundamentos diferentes*” segundo os autores afastando o princípio da autonomia privada não sendo possível “*negociar o nascimento de vínculos de maternidade ou de paternidade, à margem das normas previstas para o*

¹⁰² FRANCISCO PEREIRA COELHO / GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006, p.52

¹⁰³ Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, p. 54

feito”¹⁰⁴, nos termos do arts. 1796º a 1873º do CC, como por exemplo para realizar um pedido de ação de investigação de paternidade é necessário que haja uma vontade do pretense filho que o impulsiona e o leve a intentar a acção.

O estabelecimento da filiação não está sujeito a qualquer espécie de negócio jurídico motivado pelo exercício da autonomia das vontades dos particulares destinada a ajustar o estabelecimento dos vínculos de maternidade e paternidade.

Anteriormente a implementação pelo DL n.º 496/77, de 25 de novembro, a filiação biológica era baseada na distinção de entre filhos legítimos e ilegítimos, em que o legislador tinha como objectivo incentivar o casamento e desencorajar as relações extraconjugais, sendo esta diferenciação abolida em 1976.

A temática da igualdade entre filhos, independentemente do meio em que a filiação haja sido estabelecida, remonta-se à discussão atual e dotada de relevância ímpar na conjuntura do direito da família contemporâneo. Cada vez mais discute-se o anseio das pessoas em constituir família em condições incomuns frente ao que se entende por padrão normal. É o caso das filiações pretendidas por casais homossexuais e dos casais inférteis com recurso às técnicas de procriação medicamente assistida.

Com a Reforma de 1977 manifesta o interesse de que a verdade biológica coincida com a verdade jurídica, desde logo através do alargamento das causas admissíveis de afastamento da presunção “*pater is est quem nuptias demonstrant*” nos termos dos arts. 1828º, 1832º, 1839º e 1840º do CC.

A determinação da filiação decorre da lei dos critérios para o estabelecimento de maternidade e paternidade.

O regime da filiação da maternidade assenta na ideia de dois modelos clássicos que determinam a forma e o momento do estabelecimento da condição de filho, a saber: o sistema da filiação ou germânico e o sistema do reconhecimento ou francês.

¹⁰⁴ IDEM, IDBEM

O regime adoptado por Portugal no art. 1796º do CC equivale-se ao sistema germânico, ao qual a verdade biológica é determinante para a maternidade. Ou seja, identifica-se uma correspondência entre filiação jurídica e natural, com excepção aos nascimentos derivados dos métodos de P.M.A e a filiação legal conferida pela adopção, a mãe será aquela deu à luz ao nascido.¹⁰⁵

O art. 1826º do CC e seguintes tutelam as formas de estabelecimento da paternidade e começa por evidenciar certa influência à regra do *pater is est quod nuptias demonstrant*, ao pressupor que, normalmente, o marido da mãe é o pai da criança nascida, conforme o artigo 1826º nº1 do CC.

Isto é, o filho concebido e gerado durante o matrimónio é filho do marido da mãe, sendo esta ainda abrangente nas hipóteses de concepção antes do casamento, mas com nascimento durante este, bem como os casos de concepção durante o casamento e nascimento posterior à dissolução do casal.

No regime da filiação estão patentes outras presunções legais de paternidade que têm impacto directo nas acções judiciais de investigação, devendo o autor empenhar esforços para provar a ocorrência de uma ou mais presunções.

O n.º 1 do art. 1.871º do CC elenca as presunções de paternidade, hipóteses que gozam de prestígio legal na descoberta da verdade biológica, auxiliando o investigador quando a filiação for muito provável, valendo-se de meios de prova de fatos que evidenciam a forte probabilidade em reconhecer o réu como progenitor.¹⁰⁶

A primeira presunção legal relaciona-se com a posse de estado, ou seja, quando o investigador for reputado e tratado como se filho do réu fosse, de modo que público é o conhecimento desta condição de filiação. Pressupõe a conjugação de três elementos clássicos, a saber: *nomen, tractatus e fama*¹⁰⁷, isto é, os requisitos semelhantes que actualmente reconhece a prova da posse, correspondente aos Direitos Reais.

¹⁰⁵ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de direito de família*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 364.

¹⁰⁶ Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, op. Cit. p. 226

¹⁰⁷ REIS, Alberto dos. *A posse de estado na investigação da paternidade ilegítima*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 11.

A segunda presunção legal relaciona-se com a existência de escrito que evidencie a relação de filiação, segundo art. 1871º, n.º 1, alínea b) do CC. Não é necessário que seja um documento emitido por um órgão oficial, sendo possível que a prova verse sobre qualquer apontamento, assinado ou não pelo pretenso pai, de modo que a autoria possa ser a ele atribuída, reconhecendo o nascimento de uma criança que entenda ser seu filho.

A convivência entre progenitora e pretenso pai durante o considerado período da concepção – lapso temporal compreendido pelos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o nascimento, nos termos do art. 1798º do CC – também é considerada presunção de que a filiação alegada é verdadeira, conforme a alínea c) do n.º 1 do art. 1871º do CC.

O mesmo período concepcional estabelecido pelo dispositivo anteriormente referido tem relevo em outra presunção, nos termos do art. 1871º, n.º 1, alínea d) do CC. A sedução da progenitora exercida pelo pretenso pai durante o intervalo legal da concepção leva-se em conta o fato do sedutor e o estado da seduzida.

Por fim, a previsão mais recente foi inserida na alínea e) do n.º 1 do art. 1871º do CC através da Lei n.º 21/98, de 12 de maio, e prevê a hipótese de presunção quando o pretenso pai manteve relações sexuais com a mãe do investigante durante o período legal da concepção, ainda que ausente de relação amorosa, representando um acto isolado.

No tocante às outras formas de se estabelecer a paternidade, perfilhação e reconhecimento judicial de paternidade, estas devem entrar em cena quando o pretenso pai não for casado ANDRÉ PEREIRA¹⁰⁸ como salienta “*Há quem diga que a presunção de paternidade que recai sobre o homem casado pode ser estendida ao homem que vive em união de fato devido à condição análoga de cônjuges vivida pelo casal, ainda que a Lei n.º 7/2001 não tenha assim disposto. O problema não reside apenas em saber se a presunção pode ser ampliada, pois na maioria das vezes as uniões de fato não são registradas, situação que impossibilitaria o cartório ter ciência da existência da situação de fato vivida pelos conviventes*”.

¹⁰⁸ PEREIRA, André Gonçalves Dias. *Filhos de pai anônimo no século XXI!* In: NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira. *Debatendo a procriação medicamente assistida*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017., p. 47

Nos termos do art. 1849º e seguintes do CC, a perfilhação considerada como é acto livre, pessoal, puro e simples, que não admite cláusulas modificativas ou limitativas dos efeitos legais, condição ou termo, ao qual o homem reconhece a paternidade do filho nascido ou concebido fora do casamento.

4.2- A Filiação na Procriação Medicamente Assistida

Em Portugal como temos falando no decorrer da presente dissertação, a procriação medicamente assistida somente foi regulamentada com a Lei nº 32/ 2006 de 26 de Julho , sendo este diploma adjacente ao Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, e tendo como objecto regular as técnicas de inseminação artificial, da fertilização in vitro, da injeção intracitoplasmática de espermatozoides, da transferência de embriões, gametas ou zigotos, o do diagnóstico genético pré-implantação, bem como outros métodos laboratoriais de manipulação genética ou embrionária.

Além disso, constatava - se que as normas jurídicas do nosso ordenamento jurídico disciplinavam-se de forma ampla e diversificada no variados códigos contendo inúmeras contradições tais como, o art. 1839º nº3 do CC, o art. 168 º do Código Penal (CP), o art. 9º da Lei nº 3/ 1984 de 24 de Março e o Decreto – Lei 319/ 1986 de 25 de Setembro.

STELA BARBAS ¹⁰⁹defendia a necessidade de um regulamentação específica na área de procriação medicamente assistida, sob fundamento de que as regras que disciplinam o Direito da Família são de ordem pública e que, assim, o Estado devem interferir fixando e disciplinando a utilização das diversas técnicas.

A autora pensa ainda que “ *É um problema que transcende o foro da responsabilidade individual; é de ordem colectiva, recai sobre todos os que têm o poder de decidir nas diversas área do conhecimento e da actividade. E a gestão dos conflitos que eventualmente podem aparecer exige contributos não só dos médicos mas, também, dos juristas, teólogos, filósofos, sociólogos e políticos*”¹¹⁰

¹⁰⁹ BARBAS, Stela, *Direito ao património genético*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 48

¹¹⁰ IDEM, p. 48

GUILHERME DE OLIVEIRA¹¹¹ adere a opinião de JORGE DUARTE PINHEIRO, que o autor defende a necessidade de a legislação como forma de não se criar, propositadamente, embriões excedentários; à limitação das utilizações do mesmo dador de esperma; ao controlo administrativo e sanitário das entidades que se dedicam à procriação assistida; à necessidade de se criar um registro especial das utilizações destas técnicas e dos nascimentos conseguidos.

FERNANDO ARAÚJO¹¹² é opositor à criação de uma norma reguladora da procriação medicamente assistida, que manifesta “*Em domínios como a procriação assistida, o único caminho satisfatório é o de uma ponderação casuística; a generalidade das regras jurídicas tornaas insensíveis e impotentes para apreciar questões humanas "individualmente absorventes"*”.

Desta forma, concluímos que a lei da procriação medicamente assistida surgiu da necessidade de regular as suas respectivas técnicas de procriação medicamente assistida, bem como alguns efeitos jurídicos decorrentes no direito de filiação.

Posteriormente a Lei nº 32/ 2006, verificaram –se ao decorrer do tempo alterações significativas à versão originária , como a aprovação da Lei n.º 17/2006, de 20 de junho, regulamenta o Alargamento dos Beneficiários e posteriormente a com a aprovação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que reconheceu a validade da gestação de substituição.

No que se refere à questão da confidencialidade das técnicas de procriação reguladas pela lei, estabelecido do Art. 15º da Lei da Procriação Medicamente Assistida, que determina a limitação do direito da criança em descobrir os dados do doador, sendo-lhe garantido apenas o direito de informações de natureza genética nas hipóteses em que sejam confrontadas questões relativas à saúde e impedimentos de ordem matrimonial.

¹¹¹ OLIVEIRA, Guilherme de apud PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação medicamente assistida*, p. 19.

¹¹² ARAÚJO, Fernando. *A Procriação assistida e o problema da santidade da vida*, p. 17

Para garantir a proteção e a concentração dos dados guardados em sigilo, a lei da Procriação Medicamente Assistida criou o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, no seu art. 30º n.º 2 alínea p) com a seguinte redacção “*Centralizar toda a informação relevante acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente registo de dadores, incluindo as gestantes de substituição, beneficiários e crianças nascidas;*”.

Relativamente à temática da filiação, alguns dispositivos merecem destaque, nomeadamente o art. 20º, n.º 1, que a criança resultado das técnicas medicamente assistidas também será considerada filha de quem estiver casada ou em união de fato com a pessoa beneficiária, pois pressupõe que ambas consentiram com a técnica utilizada e foram determinantes no nascimento da vida do bebé, isto é, relativamente a determinação da paternidade e respectivo consentimento.

O art. 21º, determina que o doador de sémen não poderá ser considerado progenitor da criança, não lhe competindo qualquer poder ou dever em relação à prole. Isto é, a determinação da filiação não se dá de forma biológica, mas jurídica, de sorte que o critério da lei é que estabelece o vínculo entre pai ou mãe e filho.

JORGE PINHEIRO¹¹³ defende a lei em comento, pois entende que os princípios do sistema de filiação português impõem a subsidiariedade das técnicas de PMA, pois, em regra, a constituição da filiação assenta na prática de acto sexual.

O autor salienta ainda que “*Uma atitude demasiado liberal repercute-se numa vulgarização do fenómeno reprodutivo, que simboliza cedência perante interesses económicos da “indústria da procriação” ou indiferença perante o risco de comercialização da concepção, da gestação e das próprias crianças. O recurso à procriação assistida só pode ser encarado quando a outra forma de procriação não constitua uma autêntica opção, nomeadamente em situações e esterilidade [...]*”¹¹⁴

A problemática relacionada à filiação na procriação medicamente centra-se na procriação heterológa em consiste na existência de uma terceira pessoa responsável pela doação do material genético, o impasse concerne em admitir ou não aquele como progenitor da criança.

¹¹³ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito da família contemporâneo*, p. 219.

¹¹⁴ IDEM, *Ibidem*

A esse propósito , através do processo n.º 963/06 no TC, foi requerida a declaração de inconstitucionalidade formal e material de diversas normas da Lei n.º 32/2006, pelas quais pode-se destacar os questionamentos sobre o anonimato do doador¹¹⁵ e na procriação heteróloga¹¹⁶.

O Tribunal Constitucional, através do seu acórdão n.º 101/2009, declarou constitucional em relação aos dispositivos legais que tratam sobre estes temas.

Posteriormente no Acórdão do TC nº 225 /2018 veio requerer a declaração de inconstitucionalidade da determinação da parentalidade do Art. 20º e Art. 20º nº3 da L.P.M.A invocando que estes artigos violam os direitos à identidade pessoal do Art. 26º nº1 e nº3 da CRP, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana Art.1º e Art 67º nº 2 da CRP, o princípio da igualdade art.13º da CRP e o princípio da proporcionalidade Art.18º nº2 CRP, tendo como fundamentos para a sua inconstitucionalidade reside, a revelação da identidade do doador não implica que se estabeleça uma filiação estabelecida no Art. 21º da Lei da Procriação Medicamente Assistida.

4.3 – O Regime da Filiação na Procriação Heteróloga

O art. 1839º nº 3 do CC foi o único artigo que definia o estabelecimento da filiação derivada de uma procriação medicamente assistida, este artigo presume a paternidade ao marido da mãe que foi sujeita a inseminação, mesmo quando o esperma seja de um terceiro, afastando assim o critério biológico. Embora este artigo supramencionado não faça nenhuma menção sobre distinção entre a Procriação heterológica da Procriação homóloga.

¹¹⁵ O TC sustentou que, independentemente do sigilo imposto aos envoltos no método reprodutivo, entende-se que estas pessoas possuem condições de conseguir todos os dados necessários relacionados aos antecedentes genéticos, ressalvando-se apenas o conhecimento a identidade civil do doador, cuja revelação estará condicionada à apreciação judícia. - Acórdão n.º 101/2009. Processo n.º 963/06.

¹¹⁶ O entendimento do acórdão foi no sentido que não se afigurava razoável adotar um critério eminentemente biológico, de modo a conferir uma condição paternal a um simples fornecedor de material genético. Na verdade, o critério jurídico de filiação se mostrava mais coerente e justo, vez que o foi através da decisão dos beneficiários que o processo de procriação foi desencadeado até o surgimento da nova vida. Ademais, o regime de filiação adotado pelo legislador corresponderia aos princípios definidos pelo Conselho da Europa, em 1989, além de estar em consonância com diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como é o caso da Espanha, França e Reino Unido - Acórdão 101/2009

Na Jurisprudência o TC entendeu constitucional a procriação heteróloga, de forma subsidiária, no Acórdão 101/2009 conforme transcrito *“Deve todavia desde já adiantar-se que a lei consagra, como decorre de diversas das suas disposições, um princípio de subsidiariedade em relação à aplicação das técnicas de procriação heteróloga. A dádiva de espermatozoides, ovócitos e embriões só é permitida quando, face aos conhecimentos médicos-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gametas dos beneficiários (artigo 10º,n.º 1). E do mesmo modo, a inseminação com sémen de um terceiro dador só pode verificar-se quando não seja possível realizar a gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar (art. 19º, n.º 1). O que é também aplicável na fertilização in vitro com recurso a sémen ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA como seja a injeção intracitoplasmática de espermatozoide ou a transferência de embriões, gametas ou zigotos (artigos 27º e 47º). Nesta perspectiva, o legislador acaba por privilegiar a correspondência entre a progenitura social e progenitura biológica, apenas admitindo a procriação heteróloga nos casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador. Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária de tais técnicas passa essencialmente pela análise do direito à identidade pessoal compreendido em confronto com o direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito de construir família. (...) E sendo assim, não serão as técnicas de medicina reprodutiva e a simples previsão do recurso à inseminação artificial ou à fertilização in vitro com gametas de um terceiro dador, com os limites que, em todo o caso, são impostos disposto no artigo 7º da Lei nº 32/2006, que podem pôr em causa o direito que é constitucionalmente garantido pelo nº3 do artigo 26º da Constituição. Desse modo, admite-se que se situa ainda dentro da margem de livre ponderação do legislador a opção de permitir a procriação medicamente assistida heteróloga”*.

O legislador indica nos, só em casos excepcionais em que não seja possível superar uma situação de infertilidade sem o recurso a um terceiro dador, é admitida a Procriação Heteróloga, *“Do ponto de vista jurídico-constitucional, a admissibilidade subsidiária de tais técnicas passa essencialmente pela análise do direito à identidade pessoal compreendido em confronto com o direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito de construir família. [...] E sendo assim, não serão as*

técnicas de medicina reprodutiva e a simples previsão do recurso à inseminação artificial ou à fertilização in vitro com gametas de um terceiro dador, com os limites que, em todo o caso, são impostos disposto no artigo 7º da Lei nº 32/2006, que podem pôr em causa o direito que é constitucionalmente garantido pelo nº3 do artigo 26º da Constituição. Desse modo, admite-se que se situa ainda dentro da margem de livre ponderação do legislador a opção de permitir a procriação medicamente assistida heteróloga”.

Na óptica doutrinária, uma parte desta é contra a procriação heteróloga, conforme refere DIOGO CAMPOS DE LEITE,¹¹⁷ o autor entende que perante o facto natural e biológico da procriação genética, a fecundação heteróloga introduz uma paternidade fictícia e uma proibição da procura da paternidade, com base em prejuízos ideológicos.

JORGE PINHEIRO¹¹⁸ afirma que a admissibilidade subsidiária dos processos heterólogos suscita dois problemas: *“o da contrapartida económica da dação de esperma, ovócitos ou embriões, e o anonimato do dador.”*

O Art. 20º da Lei da Procriação Medicamente Assistida refere a determinação da parentalidade que deve ser estabelecida a favor do beneficiário da P.MA. que, embora possa não ter contribuído com material genético para o tratamento, prestou o seu consentimento.

STELA BARBAS¹¹⁹ salienta que *“ O artigo 20.º (Determinação da paternidade) da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre Procriação Medicamente Assistida, determina que nos casos de inseminação artificial heteróloga de que resulte o nascimento de um filho, é este tido como filho do marido ou daquele que vive em união de facto com a mulher que foi inseminada, desde que tenha prestado o seu consentimento nos termos fixados nesta Lei e sem prejuízo da presunção consagrada no artigo 1826.º do Código Civil. De acordo com o artigo 21.º (Exclusão da paternidade do dador do sémen) da referida Lei o dador não pode ser considerado pai da criança que vier a nascer.”*

¹¹⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. Op. cit. p. 78

¹¹⁸ PINHEIRO, Jorge Pinheiro - *O direito de família contemporâneo*. p. 22

¹¹⁹ BARBAS, Stela. *Direito do genoma humano*, pp. 538-539.

Se de aplicação das técnicas de P.M.A se obtiver o nascimento de um ser humano, seu art.20º nº1, assume que se considera filho de quem prestou o consentimento válido, de acordo, com os requisitos no art.14º. da Lei da Procriação Medicamente Assistida

No art.20º nº2 também prevê o caso em que apenas um dos beneficiários prestou o seu consentimento, procedendo-se à elaboração de um documento escrito ficando apenas com essa parentalidade estabelecida da pessoa que deu o seu consentimento.

Na questão do consentimento RAFAEL VALE E REIS ¹²⁰diz-nos “o consentimento que os beneficiários, nos termos do artigo 14.º devem prestar (necessariamente livre, esclarecido, expresso por escrito perante o médico responsável, e livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos) para as intervenções no âmbito da PMA não assume singelas vestes de um estrito consentimento para acto médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultraconstitutivos, com reflexos importantes e directos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espoletando efeitos legais derogatórios das regras gerais”.

TIAGO DUARTE ¹²¹afirma que “o consentimento é imprescindível para a formação desta nova forma de filiação”, prossegue e acrescenta, “o consentimento prestado pelo marido da mãe representa a «pedra toque» para o estabelecimento desta nova forma de filiação. Impugnar a paternidade estabelecida devido a uma inseminação artificial heteróloga consentida, mais do que voltar com a palavra atrás era «voltar com a paternidade atrás», ora essa é uma situação que a lei não pode tolerar”.

Para este autor a filiação é estabelecida de acordo com consentimento. Quando os beneficiários prestam o seu consentimento para o emprego das técnicas de P.M.A não podem, futuramente, rejeitar o estabelecimento da filiação.

ANTUNES VARELA ¹²² refere a especificidade da P.M.A heteróloga, com dádiva de gametas masculinos por terceiro, podendo ser dada à criança “a paternidade

¹²⁰ REIS, Rafael Vale e, *Direito ao Conhecimento...*, ob. Cit, pp. 444-445

¹²¹ DUARTE, Tiago, *In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 59-61

¹²² VARELA, J.M. Antunes, *A Inseminação Artificial e a Filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 127, n. 3843, 1994; p.359

do marido da mãe, apesar de se saber, mediante prova cientificamente credenciada, que não foi este que a gerou”.

Coloca –se a questão, se o consentimento não tiver sido adequadamente prestado ou até se a pessoa que o consentiu, não tinha capacidade para o fazer, como deve ser esta questão resolvida?

TIAGO DUARTE¹²³ diz-nos que faltando o “*consentimento para a inseminação artificial [deve existir] a possibilidade ulterior deste impugnar a paternidade que lhe é imputada, provando não ser ele o pai biológico*”.

No nosso entender, a prova que deve ser feita não é a falta de ligação biológica com a criança, essa prova será fácil de obter consultando apenas os registos do processo de inseminação artificial.

CARLA OLIVEIRA¹²⁴ considera que se for provada essa falta de consentimento, “[*deve manter-se] a verdade biológica como o critério do estabelecimento da paternidade*”, uma vez que o lesado deve sim, provar a sua falta de consentimento e/ou o seu consentimento defeituoso.

A autora afirmar ainda que “*na procriação assistida heteróloga, não é razoável insistir no critério biológico, atribuindo ou impondo situações jurídicas paternas a alguém que é, apenas, dador de material genético.*”¹²⁵ Sendo da mesma opinião JORGE PINHEIRO diz que não é razoável no âmbito da P.M.A Heteróloga impor-se o critério da paternidade biológica.¹²⁶

¹²³ DUARTE, Tiago; ob. Cit; p.62 e ss

¹²⁴ OLIVEIRA, Carla; “*Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas*”; Coimbra; Coimbra Editora; 2010; p.83

¹²⁵ OLIVEIRA, Carla; ob. Cit; p.84

¹²⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte.*Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, 2ªedição, AAFDL, Lisboa,2005 p.140

CAPÍTULO 5 – O DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

5. - Princípios inerentes ao Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas

No presente capítulo iremos debruçarmo-nos sobre o estudo do Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas, sendo um instrumento basilar para melhor compreensão e análise do direito ao desenvolvimento da personalidade de um indivíduo, ou seja, na construção do seu “eu”, partimos assim numa análise aos princípios fundamentais para aplicáveis à Procriação Medicamente Assistida.

5.1 - O Direito a identidade pessoal e identidade genética

O Ser Humano ao longo da sua existência na sociedade, tem necessidade de se auto identificar e afirmar na mesma, procurando assim através da construção da sua própria personalidade, permitindo compreender – se como indivíduo através da construção da sua própria história.

BRUNO NAVES e MARIA DE FÁTIMA SÁ ¹²⁷ definem identidade “*é um conceito captado na relação com os outros, em termos de diferença. Assegurar esse direito a não ser cópia é, então, um elemento fundamental, sob pena de perda a identidade. (...) o direito à identidade é um direito à diferença e um direito à integridade dessa diferença, vedando-se quer a repetibilidade programada, quer a alteração dessa base biológica, salvo com escopos terapêuticos*”.

ANA CLÁUDIA BRANDÃO¹²⁸, ao mencionar JUBERT OLGA KRELL, define a identidade pessoal, como, “*compreende tudo aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular, seja a sua história genética (dados biologicamente genéticos), seja sua história pessoal (dados sociais, identidade civil de ascendentes e descendentes)*”.

No ordenamento jurídico português, o direito à identidade genética e biológica está consagrado no art. 26.º, n.º 3 da CRP, com a seguinte redação “*A lei garantirá a*

¹²⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 188.

¹²⁸ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá: 2011, p. 132

dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

PAULO OTERO , afirma que cada pessoa dispõe de um legado genético único, completamente diferente a outra pessoa, sendo considerado um ser único, através da sua própria identidade pessoal, conforme dispõe o autor: *“(…) é indispensável refletir sobre uma divisão dimensional na identidade pessoal, a qual, compreende duas dimensões: a identidade pessoal numa dimensão absoluta ou individual e a identidade pessoal numa dimensão relativa ou relacional. A identidade pessoal numa dimensão absoluta ou individual corresponde à originalidade da pessoa humana na sua forma singular própria e individualizada de ser. Cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do carácter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano. Na identidade pessoal relativa ou relacional, cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função da memória familiar recebida pelos seus antepassados, com especial destaque para os respetivos progenitores, configurando-se num “direito à historicidade pessoal”*¹²⁹

RAFAEL VALE e REIS citando QUESADA GONZÁLEZ, salienta a discussão sobre o direito ao conhecimento das origens genéticas, *“ nasceu no século XX, na Alemanha, através da questão sobre se um “Recht, seine Herkunft zu kennen” (direito ao conhecimento das próprias origens) não deveria sobrepor-se à velha máxima pater semper incertus est. Todavia, o interesse do nazismo na descoberta das origens enquanto meio de distinguir os indivíduos de raça ariana dos indivíduos de sangue espúrio (“Blutsfremde”), lançou um anátema sobre a discussão no período do pós-guerra.”*¹³⁰

Explica ainda o autor , *“que somente a partir da construção jurídica subjacente em torno da proteção da dignidade da pessoa humana passou-se a tutelar este importante aspecto da personalidade, pelo que, de modo quase natural em 1976, Kleineke procurava as raízes do direito ao conhecimento das origens genéticas na Constituição Alemã, concluindo que ele não só era suportado pela dignidade da pessoa*

¹²⁹ OTERO, Paulo. op. cit., p. 64.

¹³⁰ GONZÁLEZ, Quesada apud REIS, por Rafael Vale e - *Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. p. 197-198.

humana, como também devia considerar-se uma subespécie do direito geral de personalidade”.¹³¹

RAFAEL VALE e REIS¹³² define o direito ao conhecimento as origens como *“a faculdade que deve ser reconhecida a todo o ser humano de, sem entraves injustificáveis, ver essa ligação biológica reconhecida juridicamente”*.

Em Portugal surgiu a primeira referência, dada pelo professor Guilherme de Oliveira na Constituição de 1976.¹³³

PAULO OTERO¹³⁴ refere que o direito à historicidade pessoal abrange várias vertentes, como o *“direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado, ou melhor, direito a conhecer o património genético; o próprio direito à historicidade pessoal o direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores; e por fim, e não menos importante a proibição de privação deliberada de família”*.

Desta forma, consideramos que as informações relativamente o material genético devem estar sempre acessíveis aos interessados, a menos que haja uma presunção que acautele os dados genéticos, nomeadamente na Lei nº 12/2005 de 26 de Janeiro, no seu art. 6º nº 6 com a seguinte redacção *“6 - A informação genética deve ser objecto de medidas legislativas e administrativas de protecção reforçada em termos de acesso, segurança e confidencialidade.”*, em que é conferido o direito à intimidade.

STELA BARBAS¹³⁵ considera que *“o sentido do direito à identidade pessoal é o de garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo singular e irreduzível.”*.

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS,¹³⁶ definem o direito a identidade pessoal como, *“seria aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada*

¹³¹ Idem Idbem

¹³² REIS, Rafael Vale e – *Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. p. 195

¹³³ AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca – *O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra.ISSN 0870-3116. Vol. XLI. N.º 2 (2000), p. 656-713.,p. 667

¹³⁴ OTERO, Paulo. op. cit., p. 72-75

¹³⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Património Genético*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 173

¹³⁶ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui – Op. Cit. p. 609.

vivência pessoal. Num sentido muito amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projectada exteriormente em determinadas opções de vida. O direito à identidade pessoal postula um princípio de verdade pessoal, ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente é.”

Os mesmos autores consideram o identidade pessoal inclui os vínculos de filiação, como o conhecimento e reconhecimento da paternidade e maternidade e o direito ao conhecimento das origens genéticas.¹³⁷

PEDRO PAIS VASCONCELOS, considera o direito à identidade pessoal como um direito de personalidade, “*orientado funcionalmente à tutela da dignidade humana, através da defesa daquilo que garante a infungibilidade, a indivisibilidade e a irrepetibilidade de cada uma das pessoas humanas*”.¹³⁸

O mesmo autor considera ainda que o direito à identidade pessoal estende – se a identidade genética e ao património genético afirmando que “*toda a pessoa tem o direito à sua individualização, como pessoa única com dignidade própria, não susceptível de ser amalgamada na massa nem hipostasiada numa transpessoa.*”¹³⁹

FÁTIMA GALENTE refere-se ao artigo 26º nº 3 da CRP veio dizendo que o mesmo veio explicitar a proteção de uma das concretizações do direito à identidade pessoal na medida em que o direito à identidade genética é um direito integrante do direito à identidade pessoal e como dessa forma protegido, isto é, visa tutelar o direito à identidade genética e a imposição legiferante para garanti-lo. Imposição esta destinada a garantir por via legislativa que as novas tecnologias e a experimentação científica não põem em causa a identidade genética dos seres humanos.¹⁴⁰

A mesma autora considera que “*A possibilidade de aceder a essa referência pessoal que o direito fundamental à identidade pessoal procura tutelar terá que ser entendido no sentido de que cada ser humano deve poder conhecer as*

¹³⁷ Idem p. 610.

¹³⁸ VASCONCELOS, Pedro de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 73

¹³⁹ Idem – Ibidem.

¹⁴⁰ GALANTE, Fátima – *A adopção: a identidade pessoal e genética*. DataVenía Ano 2 N.º 03 Publicado em Fevereiro de 2015 , p.70

*circunstâncias respeitantes às suas origens, assumindo particular importância o conhecimento da identidade dos seus ascendentes directos.”*¹⁴¹

VERA RAPOSO¹⁴², sustenta que a identidade genética, possui três vertentes, “o direito de que ninguém altere a identidade genética (manipulação genética); que ninguém copie a identidade genética (clonagem) e o direito a conhecer a ascendência genética. O direito à historicidade pessoal também está abarcado no direito à identidade genética, pois expressaria o conhecimento das nossas raízes genéticas, mesmo que estas não façam parte da nossa história pessoal/social.”.

No Direito internacional, o direito à identidade genética é reconhecido nos termos do art. 2º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem de 1997.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) de 1950 e os seus Protocolos Adicionais embora não acolhem o direito à historicidade pessoal, sendo utilizado o seu art. 8º com a seguinte redacção “Artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, in verbis: “Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”.

Sendo este artigo muito utilizado pelos Tribunais, como fundamentação nos Acórdãos do TEDH¹⁴³ como é o caso de «Gaskin c RoyaumeUni», de 7 de Julho de 1989 e no caso de «Odièvre c. France», de 13 de Fevereiro de 2003, em que ambos os acórdãos reconhecem o direito ao conhecimento da ascendência genética, sem que as autoridades possam impedir de obter tais informações contrariando o disposto do nº 1 do artigo 8º da CEDH¹⁴⁴.

¹⁴¹ IDEM, p. 71

¹⁴² RAPOSO, Vera Lúcia – *Direito á imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. p.112.

¹⁴³ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

¹⁴⁴ Convenção Europeia dos Direitos do Homem

O artigo 8º que visa essencialmente defender o indivíduo das interferências por parte do Estado relativamente a sua própria vida privada, impondo respeito consequentemente adoptando determinadas medidas que assegurem a protecção da vida privada mesmo nas relações dos indivíduos entre si.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vem contemplar no seu artigo 24º nº 3 “ *que todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contatos directos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses*” e a Resolução do Parlamento Europeu sobre a fecundação artificial *in vivo e in vitro*, de 16 de Março de 1989, determinou que os Estados respeitassem o direito ao conhecimento das origens genéticas do ser humano nascido a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida, com o objectivo promordial de garantia do direito ao conhecimento das origens genéticas.

No direito ao conhecimento da origem genética os seres concebidos através da Procriação heteróloga, a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 20 de novembro de 1989, no seu artigo 8º nº2 afirma que quando uma criança for privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e protecção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

5.2 – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A concepção da dignidade humana que se formou a partir da doutrina Kantiana como valor em si mesmo e não como preço, passou a ser salientada na Ciência Jurídica e fundamentada nos ordenamentos jurídicos modernos após a Segunda Guerra Mundial.

Segundo a doutrina Kantiana, já numa concepção filosófica da dignidade da pessoa humana, é considerada como um “ *princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si, e jamais meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo.*”¹⁴⁵

¹⁴⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Tradução Leolpodo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005 p. 29

A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Internacional é contemplada nas diversas Declarações de Direitos, Convenções e Tratados, nomeadamente na Carta das Nações Unidas de 1945, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; no Estatuto da UNESCO de 1945 e no art.1º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000.

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estatui: “ *Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”.

JORGE NOVAIS ¹⁴⁶ considera “*A dignidade da pessoa humana adquiriu, a partir daí, uma vocação de referência e princípio universal da comunidade internacional e das sociedades democráticas, posteriormente bem patente na sucessiva reprodução nos vários textos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e particularmente nas convenções internacionais nos domínios da bioética e da biomedicina..*

DANIEL SERRÃO considera que a dignidade da pessoa humana pode ser analisada sob três níveis, filosófico, biológico e psicológico “*No aspecto filosófico, a dignidade humana seria o reconhecimento de um valor, constituindo um princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não na sua utilização como um meio, estando, portanto, baseada na própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações da racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio, exigindo-se, da parte de outros, reconhecimento, respeito, liberdade de ação e não instrumentalização da pessoa. Sob a perspectiva biológica, a dignidade humana, conceito abstrato, seria expressa através do corpo humano como suporte de cada existência individual concreta. Mas a dignidade é-lhe anterior e não é o corpo biológico que constitui a sua justificação causal e determinante. A reflexão psicológica olha a dignidade humana como uma descoberta que acontece na autoconsciência individual. A revelação a cada um, do eu - próprio, do eu oposto aos*

¹⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis – *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*. Vol I. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 50 – 51

outros e ao mundo, seria o suporte psicológico essencial ao reconhecimento da dignidade humana no plano subjetivo”¹⁴⁷.

No nosso ordenamento jurídico português a Constituição da República Portuguesa consagra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no seu art. 1º com a seguinte redacção “ *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

RAFAEL VALE e REIS¹⁴⁸ considera este princípio constitui o ponto de partida da estruturação de todos os direitos fundamentais, e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ¹⁴⁹ atribui a este princípio a função unificadora de todos os direitos fundamentais.

LUISA NETO ¹⁵⁰ considera a dignidade da pessoa humana, como um critério e limite da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

JORGE DUARTE considera que a procriação medicamente assistida é existente na dignidade da pessoa humana afirmando “*O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio, a que o legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada ‘em termos de salvaguarda a dignidade da pessoa humana. {...} O princípio da dignidade da pessoa humana, que é, aliás, o princípio fundador da nossa ordem jurídica, como decorre do art. 1.º da CRP, volta a ser invocado no art. 26.º, n.º 3, da CRP, no qual se estabelece que a lei garantirá a dignidade pessoal do ser humano, notadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica. Deste princípio, referido também na LPMA, decorre que a pessoa deve ser tratada como pessoa, como um fim em si mesmo; que à pessoa deve ser reconhecida*

¹⁴⁷ SERRÃO, Daniel - *A dignidade humana no mundo pós-moderno*. Revista Portuguesa de Bioética. Coimbra. Ano XIX/53. n.º 11 (Julho 2010) pp. 191 – 200, p. 194 - 195

¹⁴⁸ REIS, Rafael Vale e Reis, op, cit, p. 58

¹⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Anotada*. 4ª edição Coimbra : Coimbra Editora, 2007 vol. I, p. 58 - 59

¹⁵⁰ NETO, Luísa – *A procriação medicamente assistida como forma de disposição sobre o próprio corpo*. Revista de Direito de Família e das Sucessões, Vol. 2 (2014). p. 223-232, Op. Cit. p. 224

autonomia, autodeterminação; que o ser humano não deve ser coisificado, instrumentalizado nem comercializado.”¹⁵¹

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana também se manifesta na Lei da Procriação Medicamente Assistida através do seu art. 3.º afirmando que “*as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana*”.

FRANCISCO AGUILAR entende que “*nada de mais contrário à dignidade da pessoa humana, do que fazer depender o estabelecimento da filiação da vontade dos progenitores: o filho nascido de uma técnica de P.M.A. seria convertido num verdadeiro instrumento de livre arbítrio dos respectivos pais*”.¹⁵²

O mesmo autor considera que deve ser retirada três consequências deste princípio “*1. na vertente do ‘conhecimento’, [...]a proibição do anonimato do dador de gâmetas; 2. na vertente do ‘estabelecimento’, [...]a proibição da imposição de um critério atribuidor da filiação natural diverso do biológico e da proibição de imposição de um critério complementar ao biológico; 3. na sua globalidade, [...]a proibição] da interdição ‘de investigação da paternidade ou da maternidade biológica.*”¹⁵³

Ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana também está intimamente associado o princípio da não instrumentalização da pessoa humana.

DIOGO DE LEITE CAMPOS¹⁵⁴ considera que faz decorrer directamente a regra da não instrumentalização da vida humana do princípio da dignidade humana, considerando que as técnicas de procriação assistida que rompam com os vínculos biológicos violam a dignidade do ser humano.

¹⁵¹ PINHEIRO, Jorge Duarte – *O direito de família contemporâneo*, p. 216.

¹⁵² AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, “*O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2000, pp. 655-713. Op. Cit p.665

¹⁵³ Idem, p. 670 - 671

¹⁵⁴ CAMPOS, Diogo Leite de, “*A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito*”, in José de Oliveira Ascensão (coord.), Estudos de Direito da Bioética, vol. II, Coimbra, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Almedina, 2008, pp. 73-86, p. 84 - 86

PEDRO VAZ PATTO “*instrumentalização do terceiro estranho ao casal (a mãe de substituição e o dador de gâmetas) e do seu corpo*”¹⁵⁵ considerando que “os gâmetas não podem ser doados como se doam órgãos, porque contêm o que há de mais caracteristicamente pessoal, os determinantes genéticos que identificam a pessoa como ser único e irrepetível”.¹⁵⁶

Consideramos que, a aplicabilidade deste princípio na procriação medicamente assistida, vem delimitar e estabelecer direitos fundamentais, que se dirige a todos os intervenientes e provenientes da utilização destas técnicas da procriação medicamente assistida.

5.3 - Direito ao livre desenvolvimento da personalidade

O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi introduzido na Constituição da República Portuguesa com a IV revisão constitucional em 1997, no artigo 26º n.º1 com a seguinte redacção “ *A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade , à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e a protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

CAPELO DE SOUSA define este princípio como a “*salvaguarda do poder de auto-determinação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual*”¹⁵⁷

PAULO MOTA PINTO consagra a protecção geral da personalidade, e também o reconhecimento da liberdade geral de acção “(...) artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, na parte em que consagra agora o livre desenvolvimento da personalidade, se devem desentranhar duas dimensões – a protecção geral da personalidade (e, em especial, um direito geral de personalidade) e o reconhecimento da liberdade geral de acção (um direito geral de liberdade) – afirmando, aliás, uma

¹⁵⁵ PATTO, Pedro Vaz , “A Procriação Artificial e a Dignidade da Pessoa Humana” in Pedro Vaz Patto, No Cruzamento do Direito e da Ética, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 127 -130, p. 128 – 129

¹⁵⁶ Idem p. 129 – 130

¹⁵⁷ SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 353

raiz comum nessas dimensões, que consiste na garantia das condições de surgimento de uma individualidade autônoma e livre”¹⁵⁸, constituindo o direito ao conhecimento das origens genéticas parte integrante do desenvolvimento completo de cada sujeito.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA entendem “*o desenvolvimento da personalidade transporta também uma dimensão de liberdade indispensável à autoconformação da identidade, da integridade e conduta do indivíduo. Neste contexto, o direito ao desenvolvimento da personalidade pressupõe, desde logo, a exigência de proibição de ingerências dos poderes públicos ou poderes privados dotados de poderes públicos*”.¹⁵⁹

RAFAEL VALE e REIS defende que “*Se um indivíduo quer conhecer a identidade dos seus progenitores biológicos e isso lhe é vedado de forma desproporcionada pelo ordenamento jurídico (ou até por qualquer entidade, pública ou privada), não será difícil reconhecer a lesão profunda naquela autonomia e liberdade individuais que tal impedimento provoca*”.¹⁶⁰

Concordamos com a posição do autor supra referido, uma vez que, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade constitui uma protecção ao direito ao conhecimento das origens genéticas contra a imposição estabelecida na lei nomeadamente na questão do anonimato do doador de gâmetas, previsto no art. 15º da Lei da Procriação Medicamente Assistida, limitando o pleno desenvolvimento pessoal e ao conhecimento das origens genéticas de um ser humano gerado através da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

¹⁵⁸ PINTO, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. In: PortugalBrasil – ano 2000, Studia Iuridica, n.º 40, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p.164.

¹⁵⁹ GOMES Canotilho, J.J., VITAL Moreira, *Constituição...*, ob. cit., p.465

¹⁶⁰ REIS, Rafael Vale e , *O Direito ao Conhecimento...*, ob. Cit; p.67

CAPÍTULO 6 – O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

No presente capítulo iremos debruçar - nos sobre uma das problemáticas muito discutidas actualmente por parte da doutrina e da jurisprudência portuguesa referente às técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga, concerne no direito ao sigilo dos doadores do material genético, sendo que o anonimato dos mesmos colide com o direito ao conhecimento da origem genética dos filhos concebidos através dos métodos de procriação medicamente assistida.

Colocando –se as questões , se o ser humano gerado através de técnicas de Procriação Medicamente Assistida terá direito a conhecer a sua identidade genética ? E por outro lado a ainda a criança nascida através da mesma deve conhecer o doador?

6.1 – Contextualização do Direito ao Anonimato do Doador

Ao longo da presente dissertação, temos vindo a verificar a discussão em torno da Procriação Medicamente Assistida em Portugal teve origem em 1986 com o nascimento do primeiro bebé proveta português Carlos Miguel, só passando 20 anos, em 2006 entrou em vigor a Lei nº 32/ 2006 de 26 de Julho, a regular a utilização das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, numa versão ampliada e actualizada , entre esse espaço de tempo, assistimos a um vácuo legislativo.

STELA BARBAS esclarece que “*O vácuo legislativo existente até o advento da lei supramencionada não implica na afirmação de que não existia qualquer regra acerca do assunto. Todavia, as normas jurídicas que expressamente disciplinavam a procriação assistida, artigos 1839.º, nº 3, do Código Civil, artigo 168.º do Código Penal, artigo 9.º da Lei 3/84 de 24 de Março e O Decreto-Lei 319/86 de 25 de Setembro eram claramente insuficientes, encontravam-se desinseridas do conjunto do sistema jurídico e, o que é mais grave, suscitavam inúmeras dúvidas e contradições*”¹⁶¹

¹⁶¹ BARBAS, Stela - *Direito ao património genético*. p. 248

O primeiro projecto existente a relatar sobre a matéria do anonimato do doadores, foi o Projecto 87, contendo uma concepção tradicional, conforme enuncia LUÍS ARCHER “ *Em nenhum caso se permitia a revelação da identidade dos dadores e dos beneficiários. Apenas se reconhecia ao filho, depois da maioridade, o direito a saber o modo da sua concepção e até, havendo sérias razões de natureza médica, as características genéticas dos dadores (art. 24.º). Mas nunca a sua identidade. Uma das razões a favor do anonimato do dador era a de que ele minimiza a intervenção do terceiro na relação conjugal. (...). Outra razão a favor do anonimato era a de que ‘em termos práticos, a inseminação artificial heteróloga não seria viável, por falta de dadores, se a lei permitisse que fosse revelada a identidade destes. (...). Quanto ao direito do filho ao conhecimento da sua ascendência biológica, que constitui uma das manifestações do direito à identidade pessoal (art. 26.º, n.º 1, da Constituição da República, entendeu a Comissão que este direito, como outros, não é absoluto, admitindo, portanto, restrições. Não se mencionou, no entanto, quais os direitos em conflito com o direito à identidade que justificariam a limitação deste último’*”.¹⁶²

Surgiu posteriormente o Projecto 95 numa linha mais moderna, embora este não tenha tido vinculação, em que segundo o mesmo autor “*as pessoas nascidas em consequência de processos de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gametas ou embriões poderiam, por razões médicas devidamente comprovadas, obter do centro as informações que lhes digam respeito, incluindo a identidade do dador e, ao alcançar a maioridade, independentemente de razões médicas, poderiam obter as mesmas informações*”.¹⁶³

Posteriormente o Relatório 93 pronuncia-se a desfavor do anonimato dos doadores, pelas seguintes razões: o anonimato é contrário a direitos humanos fundamentais; dificulta a definição, em situações concretas, da forma de transmissão hereditária de certas doenças, incluindo as de manifestação tardia bem como possibilita a utilização fraudulenta do sémen obtido para outras finalidades que não a de ser doado.

¹⁶² ARCHER, Luís – *Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999. In Genética e Reprodução Humana*. Coord. Rui Nunes, Helena Melo. Coimbra, 2000, pp. 28- 29

¹⁶³ Idem Ibidem

A partir daí os demais projetos e pareceres emitidos pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) , seguiram esta linha de pensamento, nomeadamente o Parecer nº 44 de 2004 do CNECV fazendo referência que *“que no caso de PMA com recursos a dador de gametas, deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao Direito do próprio à identidade pessoal e biológica”*.

Quanto à Procriação Heteróloga utilização de material genético doado por um terceiro, alheio ao casal, coloca – se o problema do direito ao sigilo por parte do doador, em que a discussão centra – se se a criança proveniente da utilização desta técnica deve conhecer o seu doador.

A versão originária da Lei da Procriação Medicamente Assistida adoptou no seu art. 15º o regime da confidencialidade conforme a redacção *“1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA. 2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador. 3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir. 4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial. 5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.”*.

JORGE DUARTE PINHEIRO entende opção do legislador desta lei, não foi a mais correcta como esclarece “ *embora a definição legal evite o surgimento de intervenções indesejadas e a diminuição dos dadores de ovócitos e espermatozoides, só garante o direito à identidade genética de forma excepcionalíssima*”.¹⁶⁴

6.2 - Direito à Intimidade

O Direito ao Anonimato do doador, suscita uma questão bastante delicada em torno do direito à intimidade da pessoa humana contemplado no art. 26º nº1 da CRP com a seguinte redacção “ *A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

O Direito à intimidade internacionalmente, é reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu artigo 12º, “*Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei*”.

Também contemplado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem no seu art.8º nº1 que “*qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência*”.

São Tomás Aquino definiu intimidade como “*o pensamento dos corações*”. Para ele, a intimidade é tida como sagrada, já que ninguém pode descobri-la, nem o Direito pode julgá-la ou valorá-la, porque isso seria uma presunção temerária. Apenas quando a intimidade for manifestada publicamente pela pessoa que a possui, é que ela pode ser julgada e valorada.¹⁶⁵

SUSANA GONZÁLEZ afirma que: “ *la idea de intimidad se deriva de una propensión del ser humano de buscar un espacio propio, que se traduce en una*

¹⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação medicamente assistida*. In MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (Coord). Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos. V.1. Coimbra: Almedina, 2005. p. 753-785., p. 41

¹⁶⁵ DELGADO, Lucredo Rebollo, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 1ª edição, Madrid: Dykinson, 2000, p. 39.

*reivindicación teórica de esta necesidad, y, posteriormente, en su formulación teórico-jurídico como derecho.(...) Se trata, en definitiva, de reservar a la individualidad aquella parte de la vida en la que la persona es la principal interesada.”*¹⁶⁶

DIRLEY da CUNHA JÚNIOR, entende que intimidade é “o direito de proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como a sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções”¹⁶⁷

JOSÉ ROBERTO MOREIRA FILHO entende por intimidade tem dois âmbito público e um privado “dentro de um aspecto geral da intimidade, as confidências íntimas de cada pessoa devem permanecer no recôndito de sua consciência até que ela resolva ou autorize a divulgação, correspondendo ao seguro ou sigilo (...). No âmbito privado, referente ao lar, à família, à correspondência, o sigilo guarda razões personalíssima, caracterizando ato de intromissão a divulgação ou o uso indevido de confidências. Todos têm direito à reserva sobre o conhecimento de fatos pessoais íntimos”¹⁶⁸

GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA entendem que “ Não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade (sendo diversas as teorias que pretendem fornecer o critério distintivo). Alguma doutrina e jurisprudência (cfr. AcTc nº 454/93) distinguem entre esfera pessoal íntima (absolutamente protegida) e esfera privada simples (apenas relativamente protegida, podendo ter de ceder em conflito com outro interesse ou bem público); mas à face deste preceito da CRP parece que tal distinção não é relevante. O critério constitucional deve talvez arrancados conceitos de 'privacidade' (n.º1, in fine) e 'dignidade humana' (n.º 2), de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá limitar-se, assim, como base num conceito de 'vida privada' que tenha em conta a referência

¹⁶⁶ GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, 1ª edição, Madrid: Colección Derechos Humanos e Filosofía del Derecho, Editorial Dykinson, 2007, p. 82.

¹⁶⁷ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Juspodium, 2011. p. 701.

¹⁶⁸ MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. 2002, consultado online

civilizacional sob três aspectos: 1) o respeito dos comportamentos; 2) o respeito do anonimato; 3) o respeito da vida em relação. estas dimensões devem ser convocadas para eventuais 'renúncias' à proteção da intimidade da vida privada."¹⁶⁹

JUDITH MARTINS - COSTA e MÁRCIA SANTANA FERNANDES, sustentam que a esfera pública é dominada pelos princípios da igualdade e da publicidade, partindo da distinção de vida pública e privada “*Por este princípio protege-se o direito do indivíduo de estar só, bem como e a possibilidade de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só se refere, e, ainda, o que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada. A proteção é conferida nas relações entre os particulares e o Estado e nas relações dos particulares entre si.*”¹⁷⁰

Na jurisprudência foi tratada a primeira vez o conteúdo do direito à reserva da intimidade da vida privada, é o Tribunal Constitucional no seu acórdão nº 128/92, incidente sobre “*o direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias*”.

Em Estocolmo ocorreu a Conferência Nórdica sobre o Direito à intimidade em Maio de 1967, em que DIRLEY CUNHA JÚNIOR explica que este consagra cinco ofensas ao direito à intimidade: “*1) penetração no retraimento da solidão da pessoa, incluindo-se no caso o espreitá-la pelo seguimento, pela espionagem ou pelo chamamento constante ao telefone; 2) gravação de conversas e tomadas de cenas fotográficas e cinematográficas das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas ou penosas à sua moral; 3) audição de conversações privadas por interferências mecânicas de telefone, microfones dissimulados deliberadamente; 4) exploração de nome, identidade ou semelhança da pessoa sem seu consentimento, utilização de falsas declarações, revelação de fatos íntimos ou crítica da vida das pessoas; e 5) utilização em publicações, ou em outros meios de informação, de fotografia ou gravações obtidas subrepticiamente nas formas precedentes*”¹⁷¹

¹⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Anotada*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I. p. 468.

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana – *Os biobancos e a doação de material biológico humano: em ensaio de qualificação jurídica*. In *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223 -253, op. Cit p. 242

¹⁷¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da - *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2013, op. Cit. p. 688

6.3 - O Anonimato do Doador no Direito Comparado

No mundo jurídico internacional está dividido nesta matéria, não havendo consenso na legislação dos diversos países, relativamente ao anonimato do doador de material genético.

STELA BARBAS¹⁷² refere que existem duas posições distintas: “*a dos países de influência anglo-saxônica e germânica que repudia o anonimato e a dos países de influência francesa que o preconiza*”.

Em Inglaterra, segundo o relatório de Mary Warnock que resultou no *Human Fertilization and Embriology Act de 1990*, estabelecendo-se o princípio do anonimato, mas permitia que o maior de 18 anos pudesse aceder às informações genéticas ainda que não fosse possível a identificação do dador.

Em 2004 o *Human Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations*, vem estabelecer a permissão a pessoas nascidas com recurso a doação de gametas, possam, atingida a maioridade, conhecer a identidade plena do dador, sendo apenas permitida a utilização desta faculdade a quem nasceu após 1 de Abril de 2005.

Na Alemanha a questão do anonimato é abordada parcialmente pela lei especial (*Embryonenschutzgesetz*) que regula a Procriação Medicamente Assistida. Contudo, a ordem federal dos médicos indica o dever de documentar todas as informações, de forma a possibilitar à criança poder aceder à sua ascendência genética. “*A relativa incerteza quanto à posição jurídica do dador levou à diminuição do número de dádivas, sobretudo depois de uma decisão do Tribunal Federal de Justiça de 1983 que reconheceu ao marido (ou companheiro) da mãe o direito de impugnar a paternidade de uma criança concebida por PMA heteróloga, mesmo nos casos em que aquele tivesse dado o seu consentimento, jurisprudência que a reforma do direito da família de 1997 (...) não afastou*”¹⁷³ e hoje “*o §1600 (4) do BGB [determina] o afastamento da impugnação de paternidade pelo marido ou pela mãe que tenham consentido na técnica*”¹⁷⁴.

¹⁷² BARBAS, Stela – *Direito ao Património Genético*. p. 167.

¹⁷³ REIS, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p. 432

¹⁷⁴ Idem, p. 433

Na Suíça vigora um sistema híbrido entre o anonimato e inexistência dele. A Lei especial que regula a P.M.A é a *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*, de 18 de Dezembro de 1998, em que estabelece uma proibição de dação de óvulos ou embriões, só permitindo PMA heterólogas com gâmetas masculinos, só a partir dos 18 anos pode aceder à informação sobre a identidade do doador ,fazendo um pedido dirigido ao *Office fédéral de l' état civil* que entrará em contacto com o dador, a fim de averiguar a sua disponibilidade na revelação da sua identidade perante o sujeito gerado, conforme o disposto do art. 27º da supramencionada Lei.

Segundo RAFAEL VALE E REIS é um ordenamento harmonizador, embora “*ténue e o regime revela-se bastante comprometido com a efectivação do direito ao conhecimento das origens genéticas, como determina a respectiva Constituição*”.¹⁷⁵

Na França segundo o autor consagra - se uma regra de anonimato absoluto , nem os dadores, nem os receptores podem saber a identificação um do outro. Também os funcionários envolvidos na P.M.A estão obrigados a um sigilo total sobre os procedimentos, sob pena de uma sanção penal correspondente.¹⁷⁶

A única exceção prevista trata-se por necessidade clínica prevista no art. L 1244-6 do Code de la santé publique (na redação da Loi n.º 2004-800 du 6 août 2004) que dispõe “*un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur*”.

O *Conseil d'Etat* recomenda mesmo que na próxima revisão legislativa se rompa com o anonimato estabelecido, não de forma absoluta, mas que pelo menos, se prevejam algumas formas de levantamento do anonimato, se, por exemplo, o dador o consentir, o que representa uma evolução do pensamento doutrinário muito interessante por parte da Lei Francesa.

Na Itália não se admite a P.M. A heteróloga segundo o art. 4.º, n.º3 da Lei 40 de 19 de Fevereiro de 2004 diz “*è vietato il ricorso a techiche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*” o problema do anonimato só se coloca no caso de doações de embriões.

¹⁷⁵ REIS, Rafael Vale e, *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p. 435

¹⁷⁶ Feuillet-Liger, Brigitte, *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international* / dir. Brigitte Feuillet-Liger, Bruylant Bruxelles, 2008, p.39-54

Se, a proibição de utilização de técnicas de P.M.A heteróloga for violada, o n.º1 do art. 9.º da Lei 40 de 19 de Fevereiro de 2004, estabelece a proibição de impugnação de paternidade se o marido ou companheiro da mãe tiver dado o seu aval para a utilização da técnica. O n.º3 refere *“il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi”*, retirando qualquer dever ou obrigação ao dador.

Na Espanha é a lei mais similar à portuguesa, embora não se utiliza um conceito indeterminado como *“razões ponderosas”* e especificam-se quais são as exceções à quebra do anonimato do dador de gâmetas.

A Ley 14/2006, de 26 de Mayo , visa regular *“las técnicas de reproducción humana assistida.”* Quanto à identidade do dador *“sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto”*.

Na Holanda, adotou-se em primeiro lugar uma regra de anonimato, sendo abolida em 2004. A partir dos 16 anos a criança poderá aceder aos dados que lhe permitam identificar o dador.¹⁷⁷

A Suécia foi o primeiro país a regular a procriação medicamente assistida , em 1984 a Lei n.º 1140 de 20 de Dezembro postulava no seu art. 4.º *“A criança concebida mediante inseminação nos termos do artigo 3 tem direito, assim que atinja maturidade suficiente, a conhecer os dados relativos ao dador”*.

6.4 – Análise do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018

A legislação Portuguesa optou pelo anonimato do dador, conforme o disposto no art. 15.º n.º 1 da Lei 32/2006 que dispõe *“todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos estão obrigados a manter sigilo sobre a*

¹⁷⁷ BLAUWHOF, Richard, *A determinação e a impugnação da paternidade na Holanda*, in *“Revista Lex Familiae”*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família FDUC, ano 3, n.º5, Coimbra, 2006, pp. 19-30

identidade dos mesmos e sobre o próprio acto da PMA”, e no nº 3 “a confidencialidade acerca da identidade do dador”.

Para a doutrina portuguesa vem declarando a sua inconstitucionalidade, DIOGO LEITE DE CAMPOS considera que *“o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse de pessoa a proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o filho. (...) parece claro que este tem o direito de conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua identidade como ser humano. (...) o sigilo sobre o dador viola o disposto nos artigos 2.º; 12.º, 1; 13.º, 1 e 3 da Constituição da República”*.¹⁷⁸

TIAGO DUARTE afirma *“qualquer norma que estabeleça a possibilidade de anonimato de espermatozoides, óvulos, ou de embriões em sede de inseminação artificial heteróloga é inconstitucional”*.¹⁷⁹

O CNECV considera também inconstitucional, uma vez que *“deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica”*.¹⁸⁰

JOÃO LOUREIRO considera inconstitucional a norma do anonimato, conforme afirma que *“num sistema que, (...), deveria privilegiar o bem da criança a conceber. (...) Continuar a enterrar a cabeça na areia, persistindo no modelo de anonimato, é caminho violador de direitos e fonte de sofrimento”*.¹⁸¹

O art. 15º da Lei da Procriação Medicamente Assistida, não adere, a um princípio absoluto do doador de gâmetas, uma vez que, podemos observar algumas excepções do levantamento do anonimato, nomeadamente no nº 2 do mesmo artigo *“as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter informações de natureza genética”*, em que em caso de causa clinicamente justificável pode o gerado

¹⁷⁸ CAMPOS, Diogo Leite, *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito*; Separata da obra Estudos de Direito da Bioética, Almedina, 2008, p.83

¹⁷⁹ DUARTE, TIAGO, *In Vitro Veritas?*..., ob. cit., p.45

¹⁸⁰ Parecer n.º44 do CNECV, Ponto 10

¹⁸¹ LOUREIRO, JOÃO, *O nosso pai é o dador n.º XXX: A questão do anonimato dos dadores de gâmetas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in “Lex Medicinæ”, ano 7 – n.º 13, 2010, op. Cit. pp. 38 - 42

por estas técnicas de procriação heteróloga conhecer o seu histórico clínico, nomeadamente, quando falamos de doenças hereditárias, mas salvaguardando o anonimato do doador.

No nº 3 do mesmo artigo supramencionado, conforme a seguinte redacção “*Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projectado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir*”, é outra excepção estando em causa os impedimentos matrimoniais, sendo possível a revelação do doador.

Sendo esta excepção criticada por PAULA MARTINHO DA SILVA, uma vez que “*não faz qualquer sentido prever que o dador permita o acesso à informação só neste caso específico*”¹⁸².

RAFAEL REIS considera que os nº 2 e nº3 do art. 15º “*que a única forma de atribuir operatividade a essas soluções passa por admitir um prévio pedido [ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida], como prevê a legislação do Reino Unido*”¹⁸³.

A última excepção está consagrada no nº4 do mesmo artigo supramencionado com a epígrafe “*Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ser obtidas informações sobre a identidade do doador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*”, segundo JOÃO LOUREIRO considera uma válvula de escape ao sigilo imposto a todo o processo de P.M.A.¹⁸⁴

O autor considera o conceito de “*razões ponderosas*” é indeterminado e com uma aplicação ampla, como refere “*Esta seria, aliás, uma forma de dar voz à leitura constitucional que se nos afigura como a mais adequada. (...) Na prática, estariam abertas as portas, pela chave interpretativa, de uma aproximação do sistema àqueles que consagram o direito ao conhecimento dos seus progenitores. Esta leitura afigura-se, no entanto inadequada. (...) [sendo] inequívoco que o legislador não quis*

¹⁸² SILVA, Paula Martinho, e COSTA, Marta, *A Lei da Procriação...*, ob. cit., p.91

¹⁸³ REIS, Rafael Vale e. *O Direito ao Conhecimento...*, ob. cit., p. 440

¹⁸⁴ LOUREIRO, João, *Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in “Lex Medicinæ”, Coimbra; Coimbra Editora, 2007, p.27

*ceder aqui a ventos suecos que, há cerca de vinte anos, associaram inseminação heteróloga e direito ao conhecimento da ascendência genética”.*¹⁸⁵

A Jurisprudência Portuguesa veio pronunciar - se referente da inconstitucionalidade, quer o da amplitude do conceito de “razões ponderosas” para levantamento do anonimato, no Acórdão nº 101/2009 “*A questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como excepção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade. (...) O reconhecimento de um direito ao conhecimento das origens genéticas não impede, pois, que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal. (...) Além disso, as razões ponderosas a que se refere o art. 15.º, n.º 4, da Lei 32/2006, não poderão deixar de ser consideradas à luz do direito à identidade pessoal e do direito ao desenvolvimento da personalidade de que fala o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República, que, nesses termos, poderão merecer prevalência na apreciação do caso concreto. (...) [a] limitação ao conhecimento da progenitura (ainda que de carácter não absoluto) mostra-se justificada, (...), pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, pelo que nunca poderá ser entendida como uma discriminação arbitrária susceptível de pôr em causa o princípio da igualdade entre cidadãos. Em todo este contexto, a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato de dadores, não merece censura constitucional*”.

¹⁸⁶

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS referente as “razões ponderosas”, consideram que deve ser feita uma interpretação através do direito ao conhecimento das origens genéticas, conforme “*A questão tem especial relevo a respeito da procriação medicamente assistida de cariz heterólogo, isto é, com doação de gametas de terceiros. O art. 15.º da Lei n.º 32/2006 estabelece um sistema de anonimato, como regra, permitindo algumas exceções. No seu n.º 4 permite a revelação da identidade do dador mediante autorização judicial quando haja ‘razões ponderosas’ que o justifiquem. A solução legal que permite a revelação da identidade do dador quando se verificarem ‘razões ponderosas’ deverá, em qualquer caso, merecer uma interpretação conforme*

¹⁸⁵ IDEM, op. Cit p. 28

¹⁸⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 101/ 2009 de 3 de Março

ao direito ao conhecimento das origens genéticas, não podendo legitimar leituras excessivas e injustificadamente restritivas da possibilidade de revelação a identidade do dador ou da dadora (sem que tal tenha, como é óbvio, quaisquer consequências ao nível de relações de filiação)”¹⁸⁷.

O Acórdão nº 101/ 2009, vem reconhecer a constitucionalidade e legalidade da norma, que não haveria um regime de anonimato absoluto, conforme o fundamento este *“a opção seguida pelo legislador, ao estabelecer um regime mitigado de anonimato dos dadores, não mereceria censura constitucional”*., por força das regras estabelecidas pela Lei da Procriação Medicamente Assistida e a livre ponderação do legislador.

Na Assembleia da República, um grupo de trinta de Deputados, veio requerer o pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória, acerca da regra do anonimato, do art. 15º nº1 e nº4, com redacção dada pelas Leis nº 17/2016, de 20 de Junho e da Lei nº 25/ 2016 de Agosto, que alteraram o regime de maternidade de substituição, reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma.

Os fundamentos da inconstitucionalidade por parte dos requerentes alegam a violação dos seguintes princípios, o direito à identidade pessoal (art.26º nº1 e nº3 da CRP), o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (arts. 1º e 67º nº2 da CRP), o princípio da igualdade (art.13º da CRP) e o princípio da proporcionalidade (art.18º nº2 da CRP).

O Tribunal Constitucional, vem pronunciar – se sobre esta matéria, através do seu Acórdão nº 225/2018 de 24 de Abril, em segundo o relator deste acórdão Pedro Machete considera que *“ com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso à dádiva de gametas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4º do art. 15º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em*

¹⁸⁷ MIRANDA, Jorge ; MEDEIROS, Rui, - *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Introdução Geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º. 2ª edição, revista, actualizada e ampliada. Coimbra, 2010, Op. Cit. p. 610-611.

consequências de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa.”¹⁸⁸

No nosso entender, o Tribunal Constitucional considerou o anonimato constitucional, sendo a sua aplicação feita de forma moderada e dentro de margem de discricionariedade do legislador.

O acórdão n.º 225/2018, diz que: “ *Nestes termos, é de concluir, à luz das concepções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade, que a opção seguida pelo legislador no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da LPMA de estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim, o anonimato das gestantes de substituição – mas, no caso destas, como regra absoluta -, merece censura constitucional. Efetivamente, mal se compreende, hoje, que o regime regra permaneça o do anonimato, que constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no art. 26.º, n.º 1, da CRP. Combinando as exigências emanadas do núcleo essencial destes direitos com o padrão imposto pelo princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e repetidamente mobilizado e explicado, por este Tribunal, afigura-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou valores constitucionalmente protegidos, que sempre poderão ser tutelados de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa: a possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição apenas – e só – quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar casuisticamente.*”

O mesmo na sua decisão entende que “*pela eliminação da obrigação de sigilo absoluto constante do n.º 1 do artigo 15.º, relativamente a quem nasceu em consequência de processos de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, afastando, ainda, a impossibilidade absoluta de acesso à identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida com recursos à gestação de substituição e, consequentemente, eliminou a necessidade de apresentação de “razões ponderosas” para que o interessado possa ter acesso à identidade dos dadores atualmente prevista no n.º 14 do preceito supramencionado.*”

¹⁸⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/ 2018 de 24 de Abril

Da nossa análise feita ao Acórdão, podemos depreender que existe um conflito de direitos fundamentais por um lado, o direito da pessoa gerada através de técnicas de P.M.A conhecer a sua identidade pessoal e conhecer a sua ascendência genética por outro lado, direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar.

A questão colocada é de saber se é constitucional estabelecer o anonimato como regra e como exceção a possibilidade de conhecer a sua identidade. A Lei da Procriação Medicamente Assistida não estabelece o anonimato absoluto do dador, admitindo exceções, com anteriormente estudado.

Os requerentes afirmaram que ao permitir-se a revelação da identidade do dador não implica que se estabeleça uma filiação conforme o art. 21º da Lei da Procriação Medicamente Assistida com a seguinte redacção “*O dador de sémen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.*”, fundamentando – se com a violação do princípio da igualdade consagrado no art. 13º da Lei Fundamental.

O Tribunal Constitucional no seu acórdão nº 225/2018 apreciou os fundamentos quanto à regra do anonimato dos dadores e o princípio da Dignidade Humana, entende que, prevalece o direito dos dadores e dos pais à reserva de intimidade da vida privada para garantir a paz da família, mas considera também que a criança gerada através da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, é também protegida pela lei.

A criança gerada pelas técnicas de procriação heteróloga tem direito ao conhecimento das suas origens genéticas, através do recurso aos serviços competentes de saúde ou a Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, sendo esta a entidade reguladora, para obtenção de informações sobre a sua identidade genética.

O tribunal considerou que importância de conhecer as origens genéticas é um elemento fundamental para a idealização da identidade, conforme podemos confirmar na decisão do TC “*pela eliminação da obrigação de sigilo absoluto constante do n.º 1 do artigo 15.º, relativamente a quem nasceu em consequência de processos de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, afastando, ainda, a impossibilidade absoluta de acesso à identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida com recursos à gestação de substituição e, consequentemente,*

eliminou a necessidade de apresentação de “razões ponderosas” para que o interessado possa ter acesso à identidade dos dadores atualmente prevista no n.º 14 do preceito supramencionado.”

Em razão da contradição estabelecida entre os preceitos que continuam em vigor nos termos do n.º 2 e n.º 3, do artigo 15.º e a declaração de inconstitucionalidade dos preceitos dos n.º 1 e n.º 4 do mesmo artigo, sugeriu o Tribunal Constitucional que *“será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistêmicas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens”*.

A doutrina está dividida quanto ao acesso às informações, em que OLIVEIRA ASCENSÃO considera que *“Pode perguntar-se se o direito de obter informações é recíproco: se o dador também o tem. Respondemos negativamente. O dador é um fornecedor de “material”, não um participante num projecto de paternidade. O conhecimento que pudesse obter de seres gerados a partir daí seria perigoso, desde logo pela possibilidade de se imiscuir na vida familiar com finalidades turvas. Quem tem razões pessoais a invocar é o ser gerado por PMA heteróloga, e só ele”*.¹⁸⁹

6.5 – Argumentos doutrinários a favor do anonimato do doador

No direito internacional, a Directiva 2004/ 23/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, consagra no seu ponto 29, o anonimato do doador , conforme a sua redacção *“ Como princípio geral, a identidade do receptor ou receptores não deve ser revelada ao dador nem à respectiva família e vice-versa, sem prejuízo da legislação em vigor nos Estados-Membros sobre as condições de divulgação da informação, que pode autorizar em casos excepcionais, nomeadamente no caso de doação de gâmetas, o levantamento do anonimato do dador.”*

Em Portugal, um dos doutrinários portugueses defensores do anonimato do doador é JORGE DUARTE PINHEIRO, fundamentando que *“ Quem sustenta o*

¹⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira - *A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. p. 33

anonimato, posiciona-se no sentido de que o melhor seria o sigilo, pois de forma contrária estaria a ferir os direitos de privacidade e de intimidade da vida familiar (art. 26.º, n.º 1, da CRP) do casal usuário da técnica, que pode ter a família abalada com a intromissão de um estranho (por prejudicar a relação da criança com o pai legalmente constituído), bem como relativamente ao dador, que não deseja ser procurado por ser pai de alguém que não tem interesse em ser. Além disso, a identificação do dador pode resultar numa diminuição no número de dadores “indispensável à superação dos problemas da infertilidade”, embaraçando o acesso ao uso da técnica por parte daqueles que não podem gerar com material genético próprio.”¹⁹⁰

PEREIRA COELHO¹⁹¹, é defensor do anonimato do doador justificando que o doador não fez parte do projecto parental.

LUISA NETO é favor do anonimato do doador “*Ou seja, não esquecendo que o material hereditário de um ser é constituído no seio da célula original e que muito da criança que irá nascer resulta definido pelas combinações dos genes masculinos e feminino e que o conhecimento do património genético de um indivíduo é um dos meios para detectar doenças genéticas e anomalias graves, daí não resulta directamente a obrigatoriedade de conhecimento de quem seja o progenitor.*”¹⁹² Uma vez que a autora entende o direito à identidade genética não se pode confundir o direito ao conhecimento do progenitor.

JUDITH MARTINS-COSTA e MÁRCIA SANTANA FERNANDES, também favoráveis ao anonimato do dador, sustentam que: “*A doação envolve o núcleo do direito à intimidade, atingindo, a rigor, a própria esfera da exclusividade. Por isso mesmo, tem o pesquisador o dever de manter a privacidade do sujeito de pesquisa, sejam estas informações associadas ao material biológico ou às demais informações inerentes à pesquisa, cabendo-lhe gerir estes dados e os mecanismos para a sua obtenção e guarda. (...) Tem, assim, o sujeito de pesquisa o direito à confidencialidade que inclui o direito de preservar o anonimato do património genético, sabendose que o*

¹⁹⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte – *Procriação medicamente assistida*. p. 39

¹⁹¹ COELHO, F.M Pereira —“*Relatório da comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias*”, Comissão para enquadramento legislativo das novas tecnologias, utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1990, p.23

¹⁹² NETO, Luísa – *Op. Cit.* p. 225.

*conhecimento da estrutura genética de uma pessoa é elemento suscetível ao atingimento da intimidade.”*¹⁹³

MIGUEL OLIVEIRA DA SILVA suscita dúvidas acerca da importância sobre a identidade pessoal e biológica, uma vez que, a partir dos 18 anos, se poder conhecer, o doador, autor afirma que *“em que é que pode ser importante para a minha identidade pessoal (e esta compreende, engloba e transcende a identidade biológica/genética) conhecer o homem que deu o espermatozoide? Ou conhecer a mulher que doou o óvulo a partir do qual, in vitro, se originou o embrião posteriormente transferido para o útero da minha mãe afectiva, quer dizer, da pessoa que realmente me gerou, educou e amou?”*¹⁹⁴

6.6 - Argumentos doutrinários contra o anonimato do doador

Na doutrina existe uma corrente doutrinária a favor da quebra do anonimato do doador, em que a base da sua fundamentação centra – se no interesse superior da criança que nascem através das técnicas de procriação medicamente assistida de conhecer as suas origens genéticas.

STELA BARBAS considera a ausência de anonimato no Direito Português, porque *“a inseminação heteróloga envolve sempre atentado contra o direito a um património genético não manipulado e o segredo em relação ao dador está em manifesta contradição com o disposto na primeira parte do citado artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa que reconhece a todos o direito à identidade pessoal e genética.”*

A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas de 20 de Novembro de 1989, contempla no seu art. 8º nº2 que *“No caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns*

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana – *Os biobancos e a doação de material biológico humano: em ensaio de qualificação jurídica*. In *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223 – 253, Op. Cit p.242-243

¹⁹⁴ SILVA, Miguel Oliveira da - *CIÊNCIA, RELIGIÃO E BIOÉTICA no início da vida*. Lisboa: Caminho, 2006, Op. Cit. p. 93-94.

*deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e protecção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível.”*¹⁹⁵

O Parlamento Europeu na Resolução de 16 de Março de 1989, quanto à fecundação artificial *in vitro* e *in vivo*, defende a proibição do anonimato do dador.

STELA BARBAS é contra o anonimato do dador, pelos seguintes fundamentos: *“Posterga o direito da criança ao conhecimento do seu Património Genético; colide com o direito fundamental de conhecer as origens biológicas que constitui uma faceta do direito à identidade pessoal (artigo 26.ª número 1 da Constituição da República Portuguesa). – Condiciona o estabelecimento da filiação. – ofende o direito essencial à identidade da pessoa subalternizando-o a um discutível direito dos inférteis a terem um filho; este é, assim, instrumentalizado. – pode ser fonte não só de futuros incestos com o também de impedimentos dirimentes ao casamento (casos em que a mulher recebe sêmen de um seu parente ou quando se verifica o relacionamento entre escendentes do mesmo sêmen). – não permite procurar definir, em alguns casos concretos, a forma de transmissão hereditária de certas doenças, algumas poderão até ser de expressão tardia e em relação às quais é necessário saber como serão também elas transmitidas à descendência da pessoa em questão. A propagação de taras genéticas e de doenças conhecidas e graves pelo sêmen é um dado adquirido e implica a observância de determinados requisitos dos dadores, os quais nem sempre se mostram disponíveis, nomeadamente para a repetição de testes laboratoriais. – Implica a atomização e despersonalização do processo reprodutivo. – O conhecimento do património genético do dador é indispensável para detectar doenças genéticas e anomalias graves.”*¹⁹⁶

DIOGO LEITE DE CAMPOS considera que o art. 15º da Lei da Procriação Medicamente Assistida é inconstitucional fundamentando que *“Em geral considero que o anonimato do dador é inconstitucional, não se justificando por qualquer interesse da pessoa que há de proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, que é o filho. Com efeito, parece claro que este tem o direito a conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano. Utilizando aqui uma expressão retirada de outro texto, diria que a criança é (também) o passado que avança, e este passado são os seus progenitores, em larga*

¹⁹⁵ BARBAS, Stela - *Direito ao património genético*. p. 172

¹⁹⁶ BARBAS, Stela – *Direito ao património genético*. p. 174

*medida. (...). Parece-me, nestes termos, que a confidencialidade sobre a identidade do dador é uma regra em evolução. Ou se vai descaracterizar através da prática; ou haverá uma intervenção legislativa no sentido de a tornar mais consistente.”*¹⁹⁷.

JOÃO LOUREIRO também é um defensor da inconstitucionalidade da norma, “*num sistema que, [...], deveria privilegiar o bem da criança a conceber [...], continuar a enterrar a cabeça na areia, persistindo no modelo de anonimato, é caminho violador de direitos e fonte de sofrimento*”¹⁹⁸, o autor considera ao prevalecer o anonimato do doador, o interesse superior da criança, torna – se um critério insignificante.

VERA RAPOSO entende que “*não é possível dar primazia ao direito à privacidade quando os dadores têm a livre opção de participar ou não da criação de uma nova pessoa. No momento da dação esses estão cientes que sua ação pode vir a acarretar a revelação da sua identidade, cabendo a ele sopesar suas motivações, o curso da revelação e não deixar a criança às cegas sobre sua identidade biológica*”.¹⁹⁹

OLIVEIRA ASCENSÃO diz que “*Um ser que nasce sem história, a partir de gametas anônimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado. O conhecimento da origem genética pode ser muito importante para restabelecer a sua inserção na cadeia geracional. O direito à identidade genética implica também a origem genética e pode não se bastar com a mera indicação anônima de dados genéticos*”²⁰⁰

JOSÉ MALTA é contra o anonimato do doador numa perspectiva médica, o autor afirma que “*no cancro da mama, o risco relativo de uma mulher sobre para 3 se sua mãe tiver história desta patologia em qualquer período da sua vida e para 4 se tal ocorrer com uma de suas eventuais irmãs. (...) A caracterização do risco familiar nas patologias do foro neuropsiquiátrico é outro dos temas mais debatidos nos nossos dias. Ou seja, prevendo-se, tão só, a possibilidade do conhecimento do genoma do dador ao*

¹⁹⁷ CAMPOS, Diogo Leite de – *A procriação assistida heteróloga e o anonimato do dador – ou a onnipotência do sujeito*. p. 69.

¹⁹⁸ LOUREIRO, João, “*O nosso pai é o dador nºXXX: A questão do anonimato dos dadores de gametas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*”, *Lex Medicinæ*, ano 7 – nº13 2010 pp.38-42

¹⁹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia Raposo - *Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto do embrião in vitro*. p.107.

²⁰⁰ ASCENSÃO – José de Oliveira - *A Lei n.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. p. 33

mesmo tempo que se veda a análise da sua evolução clínica, subtrai-se à pessoa concebida por PMA heteróloga qualquer possibilidade de diagnóstico precoce, pois o conhecimento do genoma não permite, na maior parte das patologias, qualquer análise sobre a expressão dos genes, sujeitas a inúmeras condicionantes ambientais, comportamentais e outras”.²⁰¹

FELIPE ALMEIDA sustenta a prevalência do direito ao conhecimento das origens, uma vez que, deve respeitado a dignidade e a historicidade do indivíduo gerado através destas técnicas da procriação medicamente assistida *“Respingo estas considerações porque vejo o filho, afinal o elo mais fraco de quem me é pedido para falar, hoje, nascer muito antes da sua chegada ao útero materno. Na tecitura de um quadro amoroso, ele nasce, efectivamente, no exercício de um desejo responsável, que parte de uma vontade autônoma. E é exactamente nesta temporalidade, nesta presença ausente, que ele tem de começar a ser respeitado. Respeitado na sua identidade, na sua dignidade, na sua historicidade, respeitado já na sua liberdade. É para este primórdio da concepção do meu filho que reclamo a minha particular atenção. Não posso querer um filho para dilatar ou consolidar a minha propriedade. Julgo não existir o direito a ter um filho. Tenho, sim, o direito ao amor e, nele, o direito à criatividade e à fecundidade que se espraia no filho, porventura, a sua mais elevada expressão. Devo desejar o filho por ele mesmo, para que ele viva, não para ser minha propriedade. Desejar o filho no desconhecimento de uma genealogia a que deve poder aceder coarcta, radicalmente, o seu direito a conhecer as suas raízes genéticas”*.²⁰²

JOSÉ ROBERTO MOREIRA FILHO sustenta ainda a prevalência do acesso à origem genética, uma vez que, deve ser interpretado através igualdade entre os filhos. *“Os filhos gerados por doação de gametas teriam o direito de conhecerem a sua origem genética, ou seja, seus pais biológicos, sem que isso acarretasse descontinuidade da filiação jurídica ou socioafetiva e sem que implicasse quaisquer outros direitos inerentes à filiação que não o do reconhecimento genético.”*²⁰³

²⁰¹ MALTA, João – *Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito de Personalidade*. In ASCENSÃO, José de (Coord.). Estudos de Direito da Bioética. Vol. III. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2009, p. 126

²⁰² ALMEIDA, Felipe – *Vulnerabilidade no início da vida humana*. Cadernos de Bioética. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Ano XII, N.º 36 (Dezembro 2004).pp. 18-19

²⁰³ MOREIRA FILHO, José Roberto – *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Bioética e Biodireito . Ano 6. N.º 54 (2002), p. 2

O mesmo autor ainda sustenta que “*o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstacularização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai*”.²⁰⁴

6.7 – Posição Intermédia Doutrinária

Na corrente doutrinária intermediária, os doutrinadores defende que é aceitável a quebra do anonimato dos doadores, nas questões respeitantes às doenças hereditárias, sendo um meio necessário para a manutenção da vida dos seres humanos gerados através das técnicas de procriação medicamente assistida.

ANTUNES VARELA adopta uma posição intermédia, afirmando que “*que não é necessária a identificação do dador, mas apenas o acesso à sua identidade genética, ou seja, ao seu DNA. Sendo assim, o anonimato do dador não significa que tudo constitui segredo, podendo configurar-se vários graus de segredo a que correspondem vários graus de revelação em que seria possível numa primeira fase, revelar ao filho que este nasceu mediante uma técnica de PMA, e numa segunda fase, seria permitido conhecer os antecedentes genéticos do dador, sem chegar a revelar a identidade*”.²⁰⁵

Outro doutrinador apologista desta posição intermédia é RAFAEL REIS afirmando que “*Reconhecendo algum mérito aos argumentos que assinalam o risco de diminuição drástica de dadores em consequência da abolição absoluta de qualquer sistema de anonimato, deve defender-se uma solução legal que parta da admissibilidade, prima facie, do conhecimento pela pessoa gerada com recurso à PMA da identidade do dador do esperma, dos ovócitos ou do embrião, devendo essa faculdade ser apenas paralisada nos casos, reconhecidos por decisão judicial, em que outros valores concretamente superiores (como a proteção dos núcleos familiares estabelecidos ou, sobretudo, a saúde psíquica do dador) o determinem*.”²⁰⁶

²⁰⁴ MOREIRA FILHO, José Roberto – *Direito à identidade genética*. Sítio Jus Navigandi, parágrafo 13

²⁰⁵ VARELA, Antunes – *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra. Ano 128, nº. 3853 (Agosto 1995). p. 98-101, p. 101

²⁰⁶ REIS, Rafael Luís Vale e – *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Op. Cit. p.500-501

6.8 – Harmonização entre o Direito ao Anonimato do Doador e o Direito ao conhecimento das Origens Genéticas

Numa primeira abordagem neste ponto da dissertação, para nos facilitar a compreensão, iremos fazer inicialmente uma breve distinção entre direitos de personalidade e direitos fundamentais.

JORGE MIRANDA define direito da personalidade como “*posições jurídicas fundamentais do homem, que ele tem pelo simples facto de nascer e viver, sendo aspectos imediatos da exigência de integração do homem*”.²⁰⁷

OLIVEIRA ASCENSÃO, considera que os direitos de personalidade não têm por objecto a própria pessoa, mas sim as manifestações da sua personalidade.²⁰⁸

JOSÉ MELO DE ALEXANDRINO faz a distinção entre direitos de personalidade e direitos fundamentais: “*Os direitos previstos na Constituição, ainda que possam incidir sobre o mesmo objeto (imagem, bom nome, intimidade da vida privada) são direitos fundamentais e não direitos de personalidade, devendo a distinção entre ambos passar pelas seguintes ideias: i) os direitos de personalidade estão previstos no Código Civil, ao passo que os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição – daí que os direitos de personalidade pertençam ao domínio do Direito Civil e os direitos fundamentais ao do Direito Constitucional (sendo regulados, estudados e protegidos pelos institutos, categorias e mecanismos do Direito Constitucional); ii) os direitos de personalidade (por pressuporem relações de iguais) não têm protecção especial face ao Estado, ao passo que os direitos fundamentais pressupõem sempre um relacionamento directo e uma especial vinculação ao Estado (...).*”²⁰⁹

Por outro lado, LUIS A. CARVALHO FERNANDES faz a distinção destes dois direitos supramencionados, através da concepção de CASTRO MENDES “*Direitos fundamentais, em sentido formal, são os atribuídos pela Constituição. O critério é o da fonte de atribuição. Direitos da personalidade são os que incidem sobre*

²⁰⁷ MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV, 2ª Edição (Reimpressão), Coimbra, 1998, p. 55

²⁰⁸ ASCENSÃO, José Oliveira – *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol 1, 2ª Edição. Coimbra, 2000, p. 81

²⁰⁹ ALEXANDRINO, José de Melo – *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. 2ª edição. Principia: Lisboa, 2011, pp. 34 – 35

*elementos desta e realidades afins. O critério é o objeto. Já Direitos do Homem são os que resultam da própria natureza do Homem, e que a lei natural e internacional reconhece. O critério é o da extensão da sua titularidade natural ou internacional ”*²¹⁰

Os direitos de personalidade encontram – se consagrados na Lei Fundamental através do seu art. 26º, em que segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS afirmam que “ neste artigo 26º “ outros direitos pessoais” também implicados no princípio geral do respeito geral do respeito pela dignidade e personalidade humana, esta disposição apresenta –se, concretamente, como a sede fundamental do direito geral de personalidade. (...) expressão directa do postulado básico da dignidade humana que a Constituição consagra logo no artigo 1º, como valor básico logicamente anterior à própria ideia do Estado de Direito democrático e que constitui a referência primeira em matéria de direitos fundamentais. ”²¹¹

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA referem que “Ao reunir num único artigo nada menos do que nove direitos distintos, a Constituição sublinha aquilo que, para além da sua diversidade, lhes confere carácter comum, e que consiste em todos eles estarem directamente ao serviço da protecção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, abarcando fundamentalmente aquilo que a literatura juscivilista designa por direitos de personalidade. ”²¹²

Além da previsão dos direitos de personalidade na Constituição, o ordenamento jurídico português prevê também no artigo 70º do Código Civil com a seguinte redacção “ 1 – A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2- Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

A tutela da personalidade da pessoa humana no código civil incide sobre a imagem física, os gestos, a voz, a escrita, o retrato de cada um e também sobre a sua

²¹⁰ MENDES, Castro apud FERNANDES, Luís A. Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil I, Introdução, Pressupostos da relação jurídica*, 3ª Edição revista e actualizada . Lisboa: Universidade Católica. Op. Cit. p. 221

²¹¹ MIRANDA, Jorge ; MEDEIROS, Rui, - *Constituição portuguesa anotada, tomo I, introdução geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra editora 2005, p. 282

²¹² CANOTILHO, J.J.Gomes. MOREIRA, Vital - *Constituição da república portuguesa anotada. Volume I*, 4ª Edição revista, Coimbra, 2007, p. 607

reputação, a sua identidade familiar, linguística, religiosa, política ou cultural, também como o seu domicílio.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS considera que *“Não obstante a tipificação de certo número de direitos de personalidade individualmente especificados na lei – na lei civil e na lei constitucional – deve entender-se que a tipificação de direitos de personalidade na lei não é exaustiva nem limitativa, mas antes meramente exemplificativa. A consagração na Constituição da República a dignidade e igualdade das pessoas, de todas as pessoas, como fundamento da própria República, e a generalidade com que o artigo 70º do Código Civil defende a personalidade física e moral contra qualquer ofensa ou ameaça de ofensa, não permite que seja deixada de fora, formalmente, a protecção de qualquer direito de personalidade.”*²¹³

ORLANDO GOMES classifica os direitos de personalidade como *“por sua própria natureza, opõem-se erga omnes, implicando o dever geral de abstenção. Os bens jurídicos nos quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária. Dizem-se inalienáveis no sentido de que o titular não pode transmiti-los a outrem, privando-se de seu gozo, por isso que nascem e se extinguem ope legis coma pessoa. Do seu teor extrapatrimonial decorre a impossibilidade de cumprimento e execução coativa. Impenhoráveis e imprescritíveis, não se extinguem, quer pelo não uso, quer pela inércia na sua defesa. A vitaliciedade e a necessidade são caracteres que denotam seus traços distintivos. São necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos”*.²¹⁴

Por outro lado, CAPELO DE SOUSA considera a possibilidade de existência de colisão entre os direitos de personalidade, uma vez que, a existência de direitos de personalidade inconciliáveis, entre duas ou mais pessoas, na convivência social.²¹⁵

É o caso dos direitos de personalidade envolvidos na procriação medicamente assistida heteróloga, o direito ao conhecimento das origens genéticas e o direito ao anonimato do doador, a existência de colisão de direitos de personalidade.

²¹³ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa: LEX, 1999, p. 35

²¹⁴ GOMES, Orlando – *Introdução ao Direito Civil*. Actualizador Humberto Theodoro Júnior, 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, op. Cit p. 152 - 153

²¹⁵ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – *Direitos de Personalidade*, op. Cit, p. 533

ROBERT ALEXY considera que a resolução conflito de regras dá-se com a injunção de uma cláusula de exceção.²¹⁶

O mesmo autor refere que a solução para colisão entre princípios ocorre com a prevalência de um pelo outro, sem significar de forma alguma que o princípio deva ser declarado inválido.²¹⁷

GOMES CANOTILHO refere quando há existência de concorrência de direitos fundamentais do mesmo sujeito com vários direitos fundamentais “*existe concorrência de direitos quando a mesma pretensão subjetiva ou o mesmo comportamento individual, apresentando-se enquanto procedimentos de vida unitários, são simultaneamente subsumíveis em duas ou mais normas de direitos fundamentais, na medida em que, na sua totalidade ou em algum dos seus segmentos, preenchem, indiferentemente, os pressupostos das respectivas previsões normativas*”²¹⁸

ROBERT ALEXY na existência de colisão de direitos fundamentais “*nessa hipótese há necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação ao outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face de circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2) C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).*”²¹⁹

GOMES CANOTILHO considera que “*a pretensão de validade absoluta de certos princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico – normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade (...)*

²¹⁶ ALEXY, Robert – *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014., pp. 87 - 89

²¹⁷ ALEXY, Robert - *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social*. In ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 87- 89

²¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição (17º Reimpressão) Coimbra: Almedina, 2003 p. 1268.

²¹⁹ ALEXY, Robert – *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 82.

*de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “ lógica do tudo ou nada” antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática.”*²²⁰

O princípio da unidade da constituição ou unidade hierárquico-normativa, assentado no fato de que constituição é um sistema aberto de regras e princípios, nos reconhecer que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade, o que impede, em sede de interpretação constitucional, a tese das antinomias normativas e a tese das normas constitucionais inconstitucionais.

O mesmo autor salienta que *“Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da “coerência narrativa” do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem” na medida do possível, como se fossem obras de um só”*

221

Considerando que nenhum direito fundamental é absoluto quanto a sua aplicabilidade prática, deve ser equilibrada quando se está diante de outro direito fundamental conflitante, segundo GOMES CANOTILHO *“O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença hierárquica), que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”*²²²

Não sendo possível harmonizar os direitos fundamentais em conflito, o método utilizado para solucionar o problema de colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípio, é a utilização da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy, baseado na Jurisprudência Alemã.

ROBERT ALEXY considera que a lei de colisão referente à conexão de relações de precedências condicionadas e regras, na seguinte forma sintética: *“las*

²²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional*. p. 1182

²²¹ Idem, p. 1184

²²² Idem, p. 1225

condiciones bajo las cuales um principio precede a outro constituyen El supuesto de hecho de uma regra que expressa la consecuencia jurídica del principio precedente”²²³.

A ponderação concreta de bens é realizada através da aplicação do princípio da proporcionalidade.

DENISE STUMM considera o princípio da proporcionalidade “*em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição de excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito, a exigência da análise da relação meio e fim*”²²⁴

JOANA CARVALHO considera “*O princípio da proporcionalidade, também conhecido como princípio da proibição de excesso, teve origem no século XIX no Direito Administrativo de polícia prussiano. Posteriormente, foi desenvolvido em todo o Direito Administrativo e finalmente surgiu não só no Direito Constitucional como em todo Direito Público. A aplicação desse princípio no Direito Constitucional apareceu por meio dos direitos fundamentais, principalmente nas hipóteses de restrição legislativa, concretização de limites imanes e conflito entre direitos. Nesse sentido, este princípio afluorou, inicialmente, como técnica para controlar e limitar o direito de polícia da Administração Pública, mas desenvolveu-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais.*”²²⁵

O princípio da proporcionalidade na Alemanha teve um importante papel na sua delimitação como salienta SUZANA BARROS “*a importância do estudo do princípio da proporcionalidade deveuse ao fato de que lá ele ganhou o seu contorno atual, alçado que foi do direito administrativo ao direito constitucional por obra do Bundesverfassungsgericht, o qual a partir da Segunda Guerra Mundial foi cunhando paulatinamente o princípio por meio de inúmeras decisões reconhecendo que o legislador não se deve exceder na sua liberdade de conformação dos direitos fundamentais.*”²²⁶.

²²³ ALEXY, Robert – *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 89.

²²⁴ STUMM, Denise Raquel – *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pp. 78 - 79

²²⁵ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado – *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, op. Cit. p. 104

²²⁶ BARROS, Suzana de Toledo – *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, P. 47

Ao princípio da proporcionalidade estão relacionados os subprincípios , da adequação ou idoneidade, exigibilidade ou necessidade e por fim a proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto ao princípio da adequação ou idoneidade, ROBERT ALEXY explica que *“Se a medida M não é idônea para a promoção ou obtenção do fim F exigido pelo Princípio Pj, então a medida M não pode ser exigida por Pj, pois para a promoção do fim F dá igual utilizar ou não a medida M. Se, sob essas circunstâncias, a medida M intervém na realização de Pi, afetando negativamente suas posições fundamentais jurídicas prima facie, então ela está proibida.”*²²⁷

LUÍS SILVA considera o meio adequado para atingir o objectivo, deve existir um equilíbrio entre a medida estipulada e sua finalidade.²²⁸

ANIZIO GAVIÃO FILHO entende como princípio da necessidade *“o princípio parcial da necessidade diz que se duas medidas idôneas, pelo menos, podem, igualmente, promover a realização de um direito fundamental Pj, deve ser escolhida aquela medida que menos intensamente intervém no outro direito fundamental Pi. O que isso significa é que, consideradas todas as medidas de intervenção igualmente idôneas para a realização do fim de um direito fundamental ou de um bem jurídico coletivo constitucional, deve ser escolhida aquela medida que menos intensamente intervém em outro direito fundamental.”*²²⁹

LUÍS BARROSO considera o mesmo princípio como *“a ideia de proibição de excesso está diretamente ligada a este aspecto da proporcionalidade, já que é ele que impede a opção pelo meio menos gravoso”*²³⁰

ROBERT ALEXY caracteriza a necessidade como *“para a consecução de uma finalidade F, requerida por determinado direito D1, podem ser aptas duas medidas M1 e M2, no entanto, se M2 é menos nociva ao Direito, por não atingir outro direito do*

²²⁷ ALEXY, Robert – *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 103

²²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da – *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Fascículo Civil, Vol. 798, 2002, p. 87 consultado online

²²⁹ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, op. Cit p. 244

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto – *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, op. Cit. p. 208

*titular ou de outrem D2, ela deverá ser a empregada. Assim, embora M1 e M2 possam atingir o fim F, somente a M2 é exigível.”*²³¹

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito SUZANA BARROS entende que *“Isso quer dizer que o juiz, quando considera adequada a relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiados ao atingido. Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre o outro”*²³²

ANIZIO GAVIÃO FILHO entende que *“é o lugar da ponderação e diz com cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas, constituindo a primeira lei da ponderação material ”*²³³

Depreendemos que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é um complemento aos princípios da adequação e da necessidade que nos indica o meio utilizado é proporcional para o fim estabelecido, existindo assim uma ponderação dos direitos.

ROBERT ALEXY considera que a ponderação de interesses corresponde ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito *“quanto maior for o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”*²³⁴

ANIZIO GAVIÃO FILHO considera *“os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades fáticas. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito se refere às possibilidades jurídicas, que são os*

²³¹ ALEXY, Robert – *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. N.º 127 (1999)., p. 78

²³² BARROS, Suzana de Toledo – *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. Op. Cit. 85

²³³ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Op. Cit. p. 249

²³⁴ ALEXY, Robert – *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. p. 78

*princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam mandamento a ser otimizado em relação às possibilidades fáticas e não tratam de ponderação, que constitui o campo do princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que expressa mandamento de otimização em relação às possibilidades jurídicas”*²³⁵

Após esta breve síntese adoptaremos a técnica de ponderação através do princípio da proporcionalidade de Robert Alexy para a resolução de conflitos existentes entre os direitos fundamentais de personalidade no caso em concreto, o Direito ao anonimato do doador e o direito ao conhecimento das origens genéticas.

Neste caso , coloca –se a questão se direito ao sigilo da identidade do doador pode ser alcançada por outros meios menos gravosos que ao direito ao conhecimento das origens genéticas pela pessoa nascida a partir de uma técnica da procriação medicamente assistida heteróloga, no nosso entender não é possível harmonizar estes dois direitos, uma vez que, ao alcançar a o direito ao sigilo da identidade do doador que não afecte o direito ao conhecimento das origens genéticas, não é proporcional ao anonimato, derivado a inexistência de medidas eficazes para tal efeito, adoptando assim a teoria da ponderação.

ROBERT ALEXY salienta que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece que “*quanto maior o grau de não-satisfação ou detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro*”²³⁶

Nas diversas correntes doutrinárias portuguesas existentes acerca da prevalência ou não do anonimato do dador na procriação medicamente assistida heteróloga sobre o direito fundamental à identidade e genética, observamos que as razões que justificam da quebra do anonimato são superiores, tendo como fundamentação a evolução da sociedade e conjuntamente com o direito e a apreciação do princípio do interesse superior da criança, em que este visa proteger a identidade pessoal e genética do ser humano gerado através da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, ao invés as razões de permanência do anonimato, são desajustáveis tendo em consideração a evolução da sociedade actual e outro ponto

²³⁵ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires – *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Op. Cit. p. 240

²³⁶ ALEXY, Robert – *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. RatioJuris, Vol. 16, Nº 2 , 2003, p. 136

importante , é o acto praticado pelo doador de material genético, é considerado um acto livre e consciente.

Outra questão que se coloca, é relativamente com a quebra do anonimato do doador na utilização das técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga, se o número de doadores iria reduzir.

De acordo com a *Human Fertilisation and Embriology Authority*, demonstra que os países que adotaram a prevalência do direito ao conhecimento das origens , não houve, qualquer redução da utilização de tal técnica; ao contrário, vem aumento o número de dadores.

Por outro lado, consideramos que o reconhecimento do conhecimento das origens não implica o reconhecimento do vínculo jurídico de filiação, que é garantido pelos progenitores, não existindo o critério biologismo, uma vez que, o doador de material genético, simplesmente é considerado o fornecedor dos gâmetas, não tendo qualquer vínculo biológico com a criança gerada através utilização das técnicas de procriação medicamente assistida.

A Convenção Sobre Direitos da Criança, nos seus artigos 7º, I e 8º “1. A criança é registrada imediatamente após o nascimento e tem desde o nascimento o direito a um nome, o direito a adquirir uma nacionalidade e, sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais e de ser educada por eles. Artigo 8 1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal. 2. No caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e protecção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível.”, vem garantir o direito a proteção da identidade, estabelecendo que toda criança tem direito, sempre que possível, a conhecer os seus pais-

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), vem adverter para a situação de que “a decisão sobre a utilização da técnica de PMA deve estar subordinada ao primato do ser humano, princípio fundamental que rejeita a sua instrumentalização, e consagra a dignidade do ser humano e consequente proteção dos seus direitos, em qualquer circunstância, face às aplicações da ciência e das

tecnologias médicas - Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina. No âmbito da aplicação das técnicas da PMA deve, assim, valorizar-se a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é quem é mais carecido de proteção. Devem ainda ser tidos em consideração os direitos do/a filho/a à sua identidade pessoal, ao conhecimento das suas origens parentais, bem como a conhecer eventuais riscos para a sua saúde associados aos processos tecnológicos utilizados na sua geração.”²³⁷

A aprovação da Lei nº 143/2015, vem aditar ao Código Civil Português o art. 1990º - A “ *Às pessoas adotadas é garantido o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção.*”, com idade igual ou superior a 16 anos, e mediante solicitação expressa.

Questinamo-nos, se o anonimato do dador, na procriação medicamente assistida heteróloga, por ele próprio, prejudica, ou de algum modo põe em causa o superior interesse da criança, por ser impedida de conhecer sua origem genética, acreditamos que sim, como podemos verificar no nosso estudo percorrido pelas várias correntes doutrinárias, tendo em consideração a corrente doutrinária de ponderação.

STELA BARBAS sustenta que a ninguém pode ser negado o direito de saber a forma como foi gerado ou o direito de conhecimento de si próprio, “*especialmente nos dias atuais, na medida em que possuímos meios de prova científica cada vez mais perfeitos, e que o princípio da igualdade entrou nos espíritos e nas leis, nos conduzindo para o princípio da verdade genômica como instrumento de um direito fundamental, o da igualdade. Todo o ser humano deve ter o direito de saber quem é o seu pai e mãe genéticos*”²³⁸

MARIA DO CARMO DEMASI WASSANA “*A participação de outros atores no processo de reprodução medicamente assistida interfere no processo de vinculação tão importante para a construção e individualização da pessoa. Não foi identificada diferença entre crianças concebidas naturalmente e através da inseminação artificial a respeito de seu desenvolvimento cognitivo, entretanto, devido o fato dessa técnica proporcionar o desenvolvimento de gravidezes múltiplas há opiniões de que pode criar*

²³⁷ CNECV – Parecer n.º 87/CNECV/2016

²³⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Investigação da filiação*. In ASCENSÃO, José de (Coord.). Estudos de Direito da Bioética. Vol. II. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2008, p. 42

obstáculos ao bom desenvolvimento das crianças” a autora ainda acrescenta que “Há correntes favoráveis ao anonimato que defendem a idéia de que a revelação levaria a criança a desenvolver uma crise de referência entre pai genético e social ou uma neurose social, enquanto que outras insistem que os segredos familiares têm influências nefastas ao desenvolvimento da criança”²³⁹

MARTA COSTA e CATARINA SARAIVA consideram que *“Numa sociedade que se revela – e ainda bem – cada vez mais pluralista, e onde os progressos da ciência se sucedem de forma vertiginosa, não cremos que as crianças que venham a nascer neste século estranhem a existência de várias formas de nascimento, através do recurso a várias técnicas médicas. Acresce que, num mundo repleto de crianças cujos nascimentos são fruto de um descuido ou de ausência de planeamento familiar, e de crianças órfãs ou abandonadas, esta criança certamente terá especial consciência do quão desejada foi. Mais: as crianças de hoje são mais receptivas do que as gerações que as antecedem à diferença na família. São mais os filhos de pais divorciados, casais multirraciais, homossexuais ou solteiros, que aqueles que ainda vivem no seio de uma família tradicional. Tudo passa, a final, pela educação e ambiente que os pais proporcionam ao crescimento e desenvolvimento harmonioso, equilibrado e são, em todas as vertentes da vida da criança. E esta educação e ambiente não estão, de modo algum, relacionados com a forma como cada um nasce”²⁴⁰*

Na realidade social actual que vivemos, em que nos deparamos com o nascimento de crianças fruto de falta de precaução ou ausência de planeamento familiar, e vítimas dos mais atrozes crimes por parte dos seus progenitores, e serem abandonadas, a criança nascida a partir de uma técnica de procriação medicamente assistida heteróloga é uma criança desejada, por parte do beneficiário dessa técnica quer motivo de infertilidade ou esterilidade, ou mesmo, um casal homossexual, ou até mesmo um indivíduo sozinho, porque o realmente interessa para essa criança é sentir se desejada, protegida e acima de tudo amada.

²³⁹ WANSSA, Maria do Carmo Demasi – *Inseminação artificial e anonimato do doador*. Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil, Vol. 10. supl. 2 (2010), consultado online

²⁴⁰ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*. Lusíadas. Lisboa: Universidade Lusíada. Série II, n.º 10, 2012, op. Cit. pp. 279 – 280

NOTAS CONCLUSIVAS

Como se pode verificar através do trabalho desenvolvido nesta dissertação, procuramos na mesma analisar a procriação medicamente assistida como problemática e a questão do anonimato do doador e questões conexas.

Estamos perante um tema complexo e também uma temática que levanta problemas muito substanciais no âmbito dos direitos de personalidade, que sabemos são direitos que constituem, um atributo subjectivo que tem por objecto bens da própria personalidade física, moral e jurídica, já que emanam do conceito mais amplo de personalidade jurídica, previsto na nossa lei civil.

Nos últimos anos a chamada engenharia genética tem vindo a trazer alterações substanciais nas vertentes da reprodução humana, sobretudo na sua forma heteróloga, que surgiram, como um meio alternativo para todas as pessoas que de forma natural, não conseguiram o objectivo da procriação.

Ora estando nós, a falar da criação de seres humanos efectuada em laboratório, levantam –se problemas de natureza jurídica, sem dúvida, muito complexos, sobretudo no âmbito dos chamados direitos de personalidade, já que, estes direitos, sendo juridicamente protegidos, têm como princípio fundamental, o respeito pela dignidade da pessoa humana, sendo o reconhecimento desta dignidade, a circunstância de colocar a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, em que o cerne no direito civil passa da circunstância do “*ter*” , para o “*ser*”.

Não devemos confundir direitos de personalidade jurídica com os direitos fundamentais ou direitos humanos, já que os direitos de personalidade são muito específicos na sua aplicação e na realidade a que se destinam, isto é, no centro estará sempre o ser humano.

Se para um lado, reconhecemos que existem critérios objectivos para determinar estes direitos, nomeadamente, porque são atribuídos formalmente pela Constituição da República, o que resulta, que estes direitos são inerentes, à própria natureza humana, reconhecida pela lei natural e pela própria lei internacional.

O direito à identidade pessoal e genética e o direito a reserva a intimidade da vida privada, são direitos fundamentais da personalidade do ser humano.

Na presente dissertação procurámos defender, que estes direitos fundamentais são extensivos a novas técnicas de reprodução humana, como atrás referimos e que surgiram por alternativa a todos os seres humanos que de forma natural, não conseguiram procriar, tendo de usar novas técnicas de tratamento genético, o que determina a criação de um novo ser produzido em laboratório, com material genético de terceiros ou do próprio casal, que em certas circunstâncias, não sendo do próprio casal esse material genético, estaremos perante uma pessoa que não terá nenhum tipo de vínculo com o filho gerado, o que evidentemente levanta problemas muito delicados no âmbito do já falado direitos de personalidade.

Esta procura através da ascendência genética pode ser analisada, sobre diversos aspectos, desde a simples curiosidade pelo conhecimento da origem biológica que é natural a todos os seres humanos, também de algum modo, da procura do seu histórico familiar, tendo como objectivo o acesso a informações clinicamente relevantes do ponto de vista genético dos ascendentes, para possíveis tratamentos de doenças hereditárias.

Consideramos que será um erro não permitir que os avanços da medicina na procriação medicamente assistida não sejam usados por quem deles, necessitam, obviamente devidamente controlados, legalizados pelo direito, já que apesar de tratar de uma revolução clara da evolução humana, o caminho a seguir no futuro terá de ser forçosamente este, porque só assim se poderá realizar integralmente a simbiose entre o ser humano, o seu nascimento, a sua evolução e os direitos de personalidades que a eles estão associados.

Apesar existirem argumentos fortes que permitem ter acesso a dados genéticos em função da sua manipulação controlada para efeitos de procriação, a regra do anonimato dos doadores, de gâmetas é seguida praticamente em todos os ordenamentos jurídicos desenvolvidos, com muito poucas excepções.

Nos Países como Estados Unidos da América, Canadá e alguns Países Europeus do Norte da Europa, têm evoluído e dado seguimento a esta matéria de forma muito desenvolvida nos últimos anos, ainda que saibamos que este conceito de intimidade, poderá ser sempre relativizado, de forma a que cada caso seja analisado concretamente, segundo uma óptica de razoabilidade e proporcionalidade, respeitando sempre a Dignidade Humana de todos os envolvidos nos métodos de Procriação Medicamente Assistida.

Esta atenção que precisa ser tomada em relação a esta matéria resulta do facto de estarmos perante direitos fundamentais que não podem ser violados, já que há um direito fundamental, ao reconhecimento das origens genéticas de cada ser humano, por ser isso que identifica cada pessoa, como indivíduo único.

A moderna doutrina traduz em linhas gerais, a Procriação Medicamente Assistida, como sendo um conjunto de técnicas destinadas a formação do embrião humano, sem existir intervenção do designado acto sexual.

Destina – se a proporcionar aos casais que o pretendam por razões de infertilidade, a possibilidade de poderem procriar o que convenhamos é perfeitamente legítimo e aceitável dado o avanço da medicina nesta matéria e a construção jurídica, à volta do tema que lhe confere consistência e clara legitimidade e legalidade.

Verdadeiramente não há um consenso doutrinário sobre a utilização das Técnicas da Procriação Medicamente Assistida, havendo argumentos contra e a favor da sua utilização, mas na realidade o que se impõe é que sejam legalmente praticados os actos médicos susceptíveis de suprirem as necessidades destes pais que têm problemas de infertilidade, não devendo ser – lhes cerceada a possibilidade de serem pais pelos métodos da Procriação Medicamente Assistida.

Ainda que não haja consenso por parte da doutrina sobre esta matéria, ela é uma realidade que se impõe hoje em dia, em muitos dos Estados mais desenvolvidos do Mundo quer ponto vista económico ou social. Apenas como referência diremos que as técnicas actualmente mais utilizadas no âmbito desta problemática são: a inseminação intrauterina; a transferência intra dubária de gâmetas; zigotos e embriões; fertilização in vitro seguida de transferência de embriões para o útero; a injeção intracitoplasmática de esperma ou espermatozoide e finalmente registar também a existência do método denominado de diagnóstico genético pré implatação que não tem por finalidade permitir a um casal infértil a possibilidade de procriar, mas apenas, detectar nos embriões doenças genéticas ou cromossómicas severas.

No que respeita ao uso do gâmeta próprio do casal ou de terceiros a procriação medicamente assistida, pode ser homóloga ou heteróloga. No caso da homóloga verificamos que a fecundação é realizada com o material genético do marido ou companheiro e com o material genético da própria mulher, sem intervenção de terceiros, mas no caso da heteróloga o material genético de um, ou ambos, é doado por terceiro, estranho a relação conjugal, seja por inexistência, insuficiência ou má qualidade do material genético.

Parece óbvio que esta problemática não é fácil de analisar, e circunscrever, mas não deixa de ser um acto médico, podendo dizer-se que no limite não haveria limitação à utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, todavia, não é exactamente assim.

Apesar estarmos perante um acto médico, somente, se legitima a sua utilização se a mesma não implicar a violação de princípios fundamentais aplicáveis à espécie humana .

O primeiro desses princípios fundamentais é a Dignidade da Pessoa Humana, que constitui o cerne fundamental da Constituição da República Portuguesa em matéria de direitos fundamentais, sendo reconhecido como o princípio de todos os princípios fundamentais.

Qual a posição do estado perante esta nova realidade já que, compete ao estado ou aos seus órgãos legislativos, decidir a forma de funcionamento e os limites até onde é possível chegar sem violar esses direitos fundamentais ?

Resposta difícil já que são colocados obviamente limites à actuação do Estado de modo a que, o poder público não possa praticar actos que violem este princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, ao mesmo tempo, que deve ter como meta de actuação enquanto pessoa colectiva de direito público que se obriga a defender os interesses dos cidadãos e como tal, promover a existência de uma vida digna e respeitável para todas as pessoas.

Não só o estado, se encontra nesta relação entre o direito e a medicina, no seu papel de legislador/ regulador, mas também, importa analisar os limites que devem ser estabelecidos nas relações entre os particulares, proibindo comportamentos ou relações privadas susceptíveis de violarem a Dignidade da Pessoa Humana.

Embora tenhamos tentado explicar a importância fundamental da Dignidade da Pessoa Humana na Procriação Medicamente Assistida, verificamos que se aplica também os princípios fundamentais relacionados aos chamados direitos de personalidade, que como atrás já referimos, são a existência de um direito a identidade pessoal e genética, direito a reserva da intimidade da vida privada e autonomia privada, o direito de família e até em certas circunstâncias alguma doutrina sita o princípio geral de direito da igualdade consagrado no art. 13º da Constituição da República Portuguesa.

Poderá por vezes pode acontecer que num âmbito tão vasto possa existir colisão entre princípios, e não sendo possível harmonizar direitos que são conflituantes, a resolução desse conflito deverá dar – se pela aplicação do princípio da proporcionalidade, princípio este desenvolvido por Robert Alexy, fundamentando - se na jurisprudência constitucional do Direito Alemão.

Este princípio da proporcionalidade subdivide –se em três princípios mais estritos como o princípio da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que o princípio parcial da proporcionalidade é por sua vez o lugar da ponderação apenas se admitindo a restrição de um direito fundamental, para salvaguarda de outro direito constitucionalmente garantido.

Na questão do anonimato do doador, a doutrina não é unânime existindo fundamentalmente, três correntes doutrinárias: os defensores da prevalência do direito ao anonimato do doador, os defensores do direito da identidade pessoal genética da criança nascida através do Recurso à técnica Heteróloga e finalmente uma corrente doutrinária que surge estas duas, que defende o direito ao anonimato desde o primeiro momento, sem definir no entanto qual o período temporal a partir do qual esta regra do anonimato deixaria de existir.

Pensamos que se no primeiro aspecto que a opção do anonimato do doador como forma de proteger os interesses dos contemplados com a procriação medicamente assistida, foi verdadeiramente acertada, já que fez nascer desde sua génese a utilização de técnica de procriação medicamente assistida heteróloga e verdadeiramente mais do que isto não se justifica mais qualquer tipo de utilização técnica para além do regulamentado.

Esta posição que tomamos reconhece que a técnica da P.M.A esta bastante difundida e aceite nos Estados mais desenvolvidos sendo de referir a inseminação com semén ou ovócito de terceiros dadores, como forma de tratar casais inférteis e proporcionar o direito de procriar e constituir família, ponderando os direitos fundamentais envolvidos neste acto, em que deve prevalecer sempre o direito a identidade pessoal e genética da criança, nascida desta técnica médica, já que não tendo ela consentido a realização desta técnica não pode ver restringido o seu direito fundamental de saber geneticamente a sua proveniência enquanto ser humano.

Verdadeiramente temos que reconhecer que foram terceiros a decidir ainda com base em normas legais, o nascimento de um novo ser humano, fora do âmbito normal que a natureza humana, normalmente, conduz ao nascimento das crianças, sob pena a mesma nascer já com direitos que lhes são retirados como seja a sua origem, fundamental para o desenvolvimento e dignidade como ser humano.

Embora o Tribunal Constitucional Português tenha reconhecido através do seu acórdão nº 101/ 2009 que o anonimato moderado adoptado pela lei portuguesa seria uma opção constitucional, por estar ainda dentro da margem por livre ponderação do legislador, no acórdão nº 225/ 2018 mais recente como é obvio, verificamos que a jurisprudência ainda que não tenha afastado o entendimento fixado no acórdão anterior, eliminou a coercibilidade do sigilo absoluto, que consta no nº 1 do art. 15º da Lei da Procriação Medicamente Assistida (32/2006 de 26 de Julho) actualmente em vigor, sendo aplicável esta decisão jurisprudencial, que nasceu em consequência de Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, incluindo situações de Gestação de Substituição, afastando também a impossibilidade absoluta de acesso a identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida, com recurso a essa mesma técnica médica.

Verificamos assim, que foi eliminada a necessidade de apresentar razões ponderosas, para que o interessado possa ter acesso a identidade dos dadores conforme actualmente se verifica, no disposto do nº4 da citada Lei da Procriação Medicamente Assistida sendo sinalizada pelo Tribunal Constitucional a necessidade de ser ponderada uma nova lei, nesta matéria que serviria não apenas para afastar a contradições do sistema jurídico aplicável que, podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15º da Lei da Procriação Medicamente Assistida, com os efeitos de declaração de inconstitucionalidade, mas essa lei em termos de “ *de jure condendo*” , deveria estabelecer a regulação do modo como os interessados poderam obter as informações necessárias ao conhecimento das suas origens genéticas.

Concluiria dizendo que no contexto do actual Estado de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, impõem - se pela sua ideia de um valor supremo, próprio, inalienável que é atribuído a pessoa individual, só pelo facto do ser, e também pelo simples facto da sua humanidade, do respeito, e da consideração que o interesse da vida humana de cada pessoa nos merece em termos autonomia, liberdade, bem - estar e a sua integral realização que só assim justifica a existência do Estado de Direito Democrático Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

MONOGRAFIAS

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca, “ *O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida* ”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2000.

ASCENSÃO, José Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral. Vol 1*, 2ª Edição. Coimbra, 2000.

ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. 2ª edição. Principia: Lisboa, 2011

ALEXY, Robert, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. N.º 127 (1999).

_____ *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social*. In ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ALMEIDA, Felipe, *Vulnerabilidade no início da vida humana*. Cadernos de Bioética. Coimbra: Centro de Estudos de Bioética. Ano XII, N.º 36 (Dezembro 2004)

ARAÚJO, Fernando, *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina, 1999.

ARCHER, Luís, *A dimensão social*. In: Luis Archer; Jorge Bisciais; Walter Osswald, coord. Bioética. Lisboa: Verbo, 1996.

_____ “ *Para uma ética da reprodução humana*”, Revista Brotéria, nº 145, Agosto/ Setembro de 1997.

_____ *Procriação medicamente assistida. Evolução do pensamento ético de 1986 a 1999*. In *Genética e Reprodução Humana*. Coord. Rui Nunes, Helena Melo. Coimbra, 2000.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Investigação da filiação*. In ASCENSÃO, José de (Coord.). Estudos de Direito da Bioética. Vol. II. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Direito ao Património Genético*, Almedina, Coimbra, 2006.

_____. *Direito ao Património Genético*, Almedina, Coimbra, 2006.

_____. *Direito do genoma humano*. Coimbra: Almedina, 2011.

BARROS, Alberto «*Procriação Medicamente Assistida*», LOUREIRO, João / PEREIRA, André Dias / BARBOSA, Carla, in *Direito da Saúde, Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 4, *Genética e Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Almedina, 2016.

BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BLAUWHOF, Richard, *A determinação e a impugnação da paternidade na Holanda*, in “Revista Lex Familiae”, *Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família FDUC, ano 3, n.º5, Coimbra, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite: *A procriação medicamente assistida e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*, ROA, vol. III, ano 66, 2006.

_____, “*A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*”, in José de Oliveira Ascensão (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Coimbra, Associação Portuguesa de Direito Intelectual / Almedina, 2008, pp. 73-86.

_____, *A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onnipotência do sujeito*; Separata da obra *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de e MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica, *Lições de Direito da Família*, Reimp. 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, Gomes , MOREIRA, Vital “ *Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Vol. I 4ª Edição , Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição (17º Reimpressão) Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra Editora, 1999.

_____, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

CARDOSO, Massano Salvador, «PMA- Para quê, para quem, com que custos?», in As Leis da Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) e da Procriação Medicamente Assistida (PMA) - Uma apreciação bioética, Ciclo de Conferências CNECV, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Porto, 2011.

CARNEIRO, Raquel , *A realidade da Procriação Medicamente Assistida: Técnicas laboratoriais; Criopreservação de ovócitos: Que futuro nos centros?* Dissertação de Mestrado em Biologia Celular e Molecular Departamento de Biologia 2013, Faculdade de Ciências da Universidade do Porto.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado, *Colisão de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

CASTRO MENDES, João ; TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Direito da Família*, AAFDL, 1990- 1991.

COELHO, Cláudia «*Bioética em Reprodução Medicamente Assistida*», Revista Nacer e Crescer- Revista do hospital de crianças maria pia, n.º 1, Vol. XV, 2006

COELHO, F.M Pereira , “*Relatório da comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias*”, Comissão para enquadramento legislativo das novas tecnologias, utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1990.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006.

CORLETA Helena von Eye / Heloísa Sarmiento Barata KALIL «*Infertilidade*», Grande Enciclopédia Médica Saúde da Família, Vol. 9, Porto, QuidNovi, 2003.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, “*Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)*”, in Ascensão, José de Oliveira (coord.), *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra:Almedina, 2005.

COSTA, Marta , Paula Martinho da Silva, Marta Costa, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora 2011.

COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. *A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade*. Lusíadas. Lisboa: Universidade Lusíada. Série II, n.º 10 , 2012.

CUNHA JUNIOR, Dirley da, *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____*Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2013.

DELGADO, Lucredo Rebollo, *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, 1ª edição, Madrid: Dykinson,2000.

DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Almedina, 2003.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil. I. Introdução, Pressupostos da relação jurídica*. 3ª edição revista e actualizada. Lisboa: Universidade Católica

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família*. Curitiba: Juruá: 2011.

FEUILLET-LIGER, Brigitte, *Procréation médicalement assistée et anonymat, panorama international* / dir. Brigitte Feuillet-Liger, Bruylant Bruxelles, 2008.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

GALANTE, Fátima, *A adoção: a identidade pessoal e genética*.DataVenia Ano 2 N.º 03 Publicado em Fevereiro de 2015

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires, *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*. Actualizador Humberto Theodoro Júnior, 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONZALÉZ, Susana Alvarez, *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*, 1ª edição, Madrid: Colección Derechos Humanos e Filosofía del Derecho, Editorial Dykinson, 2007.

GUIMARÃES, Ana Paula , *Alguns Problemas Jurídico-Criminais da Procriação Medicamente Assistida*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

JORGE, Carlos Callaz, “*Procriação medicamente assistida – evolução histórica e implicações clínicas*”, Colóquio organizado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida subordinado ao tema: PMA: Presente e Futuro – Questões emergentes nos contextos Científico, Ético, Social e Legal, Fundação Calouste Gulbenkian, janeiro de 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Tradução Leolpodo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LOUREIRO, João, *Filho(s) de um gameta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*, in “Lex Medicinae”, Coimbra; Coimbra Editora, 2007

_____ “*O nosso pai é o dador nºXXX: A questão do anonimato dos dadores de gametas na Procriação Medicamente Assistida Heteróloga*”, Lex Medicinae, ano 7 – nº13 2010 .

LOUREIRO, João / PEREIRA, André Dias / BARBOSA, Carla, in *Direito da Saúde, Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. 4 – Genética e Procriação Medicamente Assistida, Coimbra, Almedina, 2016.

MAGALHÃES, Sandra Marques , *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MALTA, João, *Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito de Personalidade*. In ASCENSÃO, José de (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. III. Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Coimbra: Almedina, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana, *Os biobancos e a doação de material biológico humano: em ensaio de qualificação jurídica*. In Bioética e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223 – 253

MELO, Helena Pereira de, “ *A selecção de dadores de Gâmetas e o Eugenismo*”, Revista Nascer e Crescer, Revista do Hospital da criança maria pia, nº2 Vol.XVIII, ano 2009.

MIRANDA, Jorge ; MEDEIROS, Rui, *Constituição portuguesa anotada, tomo I, introdução geral. Preâmbulo. Artigos 1.º a 79.º*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra editora 2005.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV, 2ª Edição (Reimpressão), Coimbra, 1998.

MOREIRA, Sónia, «*Igualdade de Género e Parentalidade*», in Congresso Internacional- Igualdade de Género: Velhos e Novos Desafios, EDUM, 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NETO, Luísa, *A procriação medicamente assistida como forma de disposição sobre o próprio corpo*. Revista de Direito de Família e das Sucessões, Vol. 2 (2014). p. 223-232

NOVAIS, Jorge Reis, *A Dignidade da Pessoa Humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*. Vol I. Coimbra: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Guilherme “ *Temas de Direito da Medicina - Beneficiários da procriação assistida*”, Coimbra, Centro de Direito Biomédico - Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2005.

_____, *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

OLIVEIRA, Carla; “*Entre a Mística do Sangue e a Ascensão dos Afectos: O Conhecimento das Origens Biológicas*”; Coimbra; Coimbra Editora; 2010.

OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PATTO, Pedro Vaz , “A Procriação Artificial e a Dignidade da Pessoa Humana” in Pedro Vaz Patto, No Cruzamento do Direito e da Ética, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 127 -130.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Filhos de pai anônimo no século XXI!* In: NETO, Luísa; PEDRO, Rute Teixeira. Debatendo a procriação medicamente assistida. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2017.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Procriação Medicamente Assistida*, Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Volume 1, Coimbra: Almedina, 2005.

_____ *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. II, 2ª edição, AAFDL, Lisboa, 2005.

_____ *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008.

_____ *O direito da família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2010

_____ *O direito de família contemporâneo*. Reimpressão da 4ª edição de 2013. Lisboa: AAFDL, 2015.

_____ «*Perspectivas de evolução do Direito da Família em Portugal*», Guilherme de OLIVEIRA, in Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

PINTO, Paulo Mota. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. In: Portugal, Brasil, ano 2000, Studia Iuridica, n.º 40, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: Os múltiplos casos de seleção de embriões em sede de Diagnóstico Genético Pré-Implantação*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, ano 4, n. 8, 2007b.

_____ *Direitos Reprodutivos*. Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra, 2005.

_____ *O Direito à Imortalidade: O Exercício dos Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro*. Coimbra: Almedina, 2014.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao Conhecimento da Origem Genética*, Coimbra: Coimbra, 2008.

REIS, Alberto dos. *A posse de estado na investigação da paternidade ilegítima*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

SANTOS, Agostinho de Almeida, *Procriação Medicamente Assistida – Limites e Valores, Genética e Pessoa Humana*, Colecção “Temas de Bio-Ética”, 1991.

SANTOS, Eduardo dos. *Direito de Família*. Coimbra: Almedina, 1999.

SERRÃO, Daniel, *A dignidade humana no mundo pós-moderno*. Revista Portuguesa de Bioética.Coimbra. Ano XIX/53. n.º 11 (Julho 2010) pp. 191 – 200.

SILVA, Miguel Oliveira da, *CIÊNCIA, RELIGIÃO E BIOÉTICA no início da vida*. Lisboa: Caminho, 2006.

STUMM, Denise Raquel, *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VARELA, Antunes, *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Coimbra. Ano 128, n.º. 3853 (Agosto 1995).

_____ “A Inseminação Artificial e a Filiação Perante o Direito Português e o Direito Revista de Legislação Brasileiro”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 127, n.º 3843, outubro de 1994.

VASCONCELOS , Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa: LEX, 1999.

_____ *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

E-BOOKS E FONTES EM SUPORTE ELETRÔNICO

- Associação Portuguesa de fertilidade, *Custos dos Tratamentos*, in <http://www.apfertilidade.org>; consultado no dia 15 de Janeiro;
- Associação Portuguesa de Fertilidade *Principais causas de infertilidade feminina*, <http://www.apfertilidade.org>; consultado no dia 17 de Janeiro;
- Associação Portuguesa de Fertilidade “*O que é*” in <http://www.apfertilidade.org>; consultado no dia 17 de Janeiro.
- Associação Portuguesa de Fertilidade *Principais causas de infertilidade masculina* in <http://www.apfertilidade.org>; consultado no dia 17 de Janeiro.
- ASCENSÃO, José Oliveira “*A Lei nº32/06, Sobre Procriação Medicamente Assistida*” in <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/> consultado no dia 19 de Janeiro;
- ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. RatioJuris in https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%202007%20%28texto1%29.pdf consultado no dia 30 de Abril;
- BARROS, Alberto , «*Alternativas Terapêuticas*», Centro de Genética e Reprodução in <http://www.cgrabarros.pt/> consultado no dia 20 de Fevereiro;
- Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, *Inseminação Artificial Intra-Conjugal*, in http://www.cnpma.org.pt/cnpma_documentacao.aspx consultado no dia 22 de Fevereiro;

- CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - Relatório: Procriação Medicamente Assistida de Julho de 2004, in http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057205_P044_RelatorioPMA.pdf consultado no dia 22 de Fevereiro;
- GUERRA Paulo, «Os Novos Rumos do Direito da Família e das Crianças e Jovens», Família com Direitos in <https://familiacomdireitos.pt/os-novos-rumos-do-direito-da-familia-e-das-criancas-e-jovens/> consultado no dia 15 de Fevereiro;
- F. Zegers HOCHSCHILD / G.D. ADAMSON / J. de MOUZON / O. ISHIHARA / R. MANSOUR / K. NYGREN / E. SULLIVAN / S. van der POE, «The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology, 2009», Journal Human Reproduction, n.º 11, Vol. 24, 2009. In <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19801627> consultado no dia 20 de Fevereiro;
- MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. 2002, in <https://jus.com.br/artigos/2744/direito-a-identidade-genetica> consultado no dia 15 de Abril;
- MOREIRA FILHO, José Roberto – *Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida*. Bioética e Biodireito . Ano 6. N.º 54 (2002) in <https://jus.com.br/artigos/2588/conflitos-juridicos-da-reproducao-humana-assistida> consultado no dia 15 de Abril;
- Nagy Z; Liu J; Cecile J; Silver S; Devroey P; Van Steirteghem A. *Using ejaculated, fresh, and frozen-thawed epididymal and testicular spermatozoa gives rise to comparable results after intracytoplasmic sperm injection*. Fertil Steril. 1995; 63: 808-15.7. in <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9663778>. Consultado no dia 15 de Janeiro;

- Organização Mundial de Saúde « *Mother or nothing: the agony of infertility*», Who Bulletin, n.º12, Vol. 88, 2010. In <https://www.who.int/bulletin/volumes/88/12/10.011210.pdf?ua=1> consultado no dia 20 de Fevereiro;
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da – *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. Fascículo Civil, Vol. 798, 2002 in <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179> consultado no dia 20 de Abril;
- WANSSA, Maria do Carmo Demasi – *Inseminação artificial e anonimato do doador*. Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil, Vol. 10. supl. 2 (2010) in <http://www.scielo.br/pdf/rbsmi/v10s2/11.pdf> no dia 22 de Abril;

LEGISLAÇÃO UTILIZADA

Apresentação pelo BE do Projeto de Lei n.º 141/X, de 20 de julho de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 34.

Apresentação pelo PCP do Projeto de Lei n.º 172/X, de 13 de outubro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 55.

Apresentação pelo PS do Projeto de Lei n.º 151/X, de 7 de setembro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 47.

Apresentação pelo PSD do Projeto de Lei n.º 176/X, de 22 outubro de 2005, Publicado no Diário da República, II Série – A, n.º 59.

CÓDIGO CIVIL. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2016

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. 19.ª edição. Lisboa: Quid Juris, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA- PARECER 44/CNECV/04 de 4 de julho de 2004.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA-PARECER N.º 87/CNECV/2016.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS), Março de 2016.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 11 de Novembro de 1997, disponível em: <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-genomadh.pdf>

Diário da República, I Série, n.º 160, 22 de agosto de 2016;

Diário da República, II Série A, n.º 82;

Diário da República, Série I, n.º 116, 20 de junho de 2016;

Diário da República, Série I, n.º 170, 4 de setembro de 2007;

Decreto de Lei n.º 319/86, de 25 de setembro;

Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, encontra-se disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>

Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, Procriação Medicamente Assistida, disponível no Diário da República, Série I, n.º 143;

Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, disponível no Diário da República, Série I, n.º 170, 4 de setembro de 2007;

Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, disponível no Diário da República, 1.ª série — N.º 105 — 31 de Maio de 2010;

Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, Adota medidas de protecção das uniões de facto disponível no Diário da República n.º 109/2001, Série I-A de 11 de Maio de 2011;

Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, Alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida), disponível no Diário da República, Série I, n.º 116, 20 de junho de 2016;

Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida), disponível no Diário da República, Série I, n.º 160, 22 de agosto de 2016.

JURISPRUDÊNCIA UTILIZADA

- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Case of Evans v. The United Kingdom*, 10 de Abril de 2007;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, referente ao processo n.º 963/06, disponível no Diário da República, II série, n.º 64, de 1 de abril de 2009;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/ 2009 de 3 de Março;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/ 2018 de 24 de Abril;